Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
für meine Zuhörer
von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dritten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1792.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Lib. II. Tit. I.

De

Iurisdictione.

§. 184.

Begriff der Gerichtsbarkeit, insonderheit im engern Sinne des römischen Rechts.

Da die Gesetze, ihrer eigentlichen Natur und Absicht nach, nichts weiter als von dem, in den mannigfaltigen Verhältnissen des gesellschaftlichen Lebens platzgreifenden Rechte und Unrechte, die allgemeinen Regeln enthalten; so ist in einzelnen Fällen, da über das Mein und Dein entweder wirklich schon ein Streit entstanden, oder derselbe abgewendet werden soll [1]), rechtliche Bestimmung durch richterliches Urtheil um so mehr erforderlich, je weniger ausserdem der Zweck der bürgerlichen Gesellschaft zu erreichen stünde. Zu dem Ende ist nun im Staat eine öffentliche Gewalt festgesetzt, deren Wirksamkeit darin bestehet, die Gesetze auf die einzelnen Fälle mit Bestand anzuwenden, und nach Maasgabe derselben nicht nur über das Mein und Dein einzelner Partheyen vermittelst eines Urtheils das, was Recht

1) Daß ein dergleichen rechtliches Urtheil über das in Frage stehende Mein und Dein auch schon vor dem Falle darüber wirklich entstandener Streitigkeiten geschöpft werden, und daher in einer zur Abwendung derselben abzweckenden rechtlichen Bestimmung bestehen könne, beweißt die iurisdictio voluntaria, wovon unten bey §. 193. ein mehreres.

Recht oder Unrecht ist, zu bestimmen, sondern auch dasselbe vermittelst äusserlichen Zwanges zu handhaben. Eine solche im Staat festgesetzte bürgerliche Gewalt wird Gerichtsbarkeit, *Iurisdictio* im allgemeinen Sinne, und derjenige, welchem dieselbe vom Staat verliehen ist, eine obrigkeitliche Person, *Magistratus*, genennet [2]). Diese Gerichtsbarkeit wird nun entweder von dem Regenten im Staat selbst [3]), oder von andern ausgeübt. Im ersten Falle heißt sie Obergerichtsbarkeit (*Iurisdictio eminens*, *sublimis*, bey den Römern *Cognitio* [4]), der Landesfürst ist in dieser Rücksicht gleichsam als der oberste Richter seiner Unterthanen (Supremus Magistratus) anzusehen, und seine Rechtssprüche werden *Decreta Principis* in unsern Gesetzen genennt. Dieselben unterscheiden sich jedoch von den Entscheidungen anderer Richter darinn, daß sie die Kraft allgemein verbindlicher Gesetze haben [5]). Ich habe davon an

2) Die Lehre von der Jurisdiction überhaupt haben vorzüglich abgehandelt: *Io. Andr.* HANNESEN in Diss. de iurisdictione. *Goettingae* 1750. 4. und Friedr. Georg Aug. Lobethan Versuch einer systematischen Entwickelung der ganzen Lehre von der Gerichtsbarkeit der weltlichen sowohl als der kirchlichen. Halle 1775. 8. Unter den ältern Schriftstellern verdient auch noch *Matth.* STEPHANI Tract. de iurisdictione, qualemcunque habeant omnes iudices, tam seculares, quam ecclesiastici. *Francofurti* 1623. 4. angeführt zu werden. Die Schriften von der römischen und teutschen Jurisdiction werden an ihrem gehörigen Orte bemerkt werden.

3) *L.* 12. *Cod. de Legib.*

4) Bekannt sind des römischen Juristen PAULI *libri decretorum s. Imperialium Sententiarum in Cognitionibus prolatarum.* Man sehe auch SUETONIUS *in Claudio* cap. 15. Doch wird der Ausdruck *Iurisdictio* auch vom Kaiser selbst gebraucht. SUETON. in *Nerone* cap. 15. et in *Augusto* c. 33.

5) *L.* 12. *Cod. cit. de LL.*

an einem andern Orte dieses Commentars gehandelt [6]). Diese höchste Gerichtsbarkeit des Landesfürsten, welche sich mit Entscheidung der Justizsachen seiner Unterthanen, und Bestätigung ihrer Rechtshandlungen beschäftiget, macht, nach unserer heutigen Verfassung, einen Theil der gerichtlichen Gewalt des Landesherrn aus, und gehört zu den wesentlichen Landeshoheitsrechten [7]). Die weitere Ausführung dieser Lehre gehört jedoch ins Staatsrecht [8]). Im andern Falle, da die Gerichtsbarkeit nicht vom Regenten oder Landesherrn selbst, sondern vermöge seiner höchsten Concession von andern ausgeübt wird, pflegt man sie schlechtweg Gerichtsbarkeit (iurisdictio *simplex*) zu nennen, und diese ist der Gegenstand unserer Betrachtung. So wenig ich nun mit Titius [9]) dafür halte, daß das römische Recht in der Lehre von der Gerichtsbarkeit heutiges Tages keinen Gebrauch mehr habe, indem die tägliche Praxis das Gegentheil vor Augen legt [10]), so wichtig ist doch wegen

6) I. Th. S. 509. ff.

7) Schnaubert Anfangsgründe des Territorial-Staatsrechts §. 317. und 321.

8) Die davon handelnde Schriften sind in der Pütterschen Litteratur des StaatsR. 3. Th. §. 1158—1160. u. 1228. nachzusehen. Ich bemerke hier nur Joh. Jac. Moser von der Landeshoheit in Justizsachen. Frankf. u. Leipzig 1773. 4. und Sieber von der Macht der Reichsstände selbst Recht zu sprechen. Göttingen 1784.

9) in Iure privato Lib. VIII. Cap. X. §. 14. Man sehe dagegen COCCEJI Ius Civ. Controv. h. t. Qu. 29. und die gelehrte Anmerkung des Hrn. Prof. Emminghaus in der neuen Ausgabe des COCCEJI Tom. I. *Lipsiae* 1791. pag. 188. not. u.

10) S. Schnauberts Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. II. Th. N. II. §. 6. S. 112. ff.

der großen Verschiedenheit der römischen und teutschen Staatsverfassung der Unterschied zwischen der römischen und teutschen Gerichtsbarkeit, ohne dessen genaue Kenntniß Verwirrung in dieser wichtigen Lehre unvermeidlich ist [11]). Ich will nun zuerst von der römischen Gerichtsbarkeit [12]) handeln. Die Römer nahmen den Ausdruck IURISDICTIO hauptsächlich in zweyerley Bedeutung. Erstens im engern und eigentlichen Sinne des römischen Rechts, heißt IURISDICTIO nach dem Rechte der Pandecten, die einer obrigkeitlichen Person vermöge ihres Amts (iure magistratus) zustehende Befugniß, über streitige Privatrechtssachen sowohl selbst zu erkennen und Recht zu sprechen, als auch, wenn es auf die Untersuchung der Wahrheit

11) Von den Folgen des Mißbrauchs der römischen und teutschen Begriffe von der Jurisdiction ist neuerlich in einer Schrift sehr ausführlich gehandelt worden, welche den Titel hat: Einige Bemerkungen über den Einfluß der ältern Begriffe von der Gerichtsbarkeit auf heutige Sitten und Gesetze. Leipzig 1791. 8.

12) Die vorzüglichsten Schriften über die Lehre von der römischen Jurisdiction sind, ausser *Ger.* NOODT, welchen unser V. schon angeführet hat, *Ant.* GOVEANI adversus Eguinarium Baronem de imperio et iurisdictione Commentarii, *Lud.* CHARONDAE de iurisdictione et imperio libellus Paris. 1554. rec. *Halae* 1771. *Arn.* VINNII liber de eod. argumento. *Lugd. Batavor.* 1644. *Scip.* GENTILIS de iurisdictione libri III. *Francof.* 1613. 8. *Ant.* QUINTANADUEGNAS Tr. de iurisdictione et imperio apud MEERMANNUM *in Thes. iur. Rom. et Canon.* T. II. *Ios.* FINESTRES lib. de iurisdictione et imperio magistratuum tam urbanorum quam provincialium, *Cervariae Lacetanor.* und *Ge. Christ.* GEBAUERI Commentat. academ. de iurisdictione secundum doctrinam Romanor. eiusdemque doctrinae in Germania usu, Edit. 2da. *Lipsiae* 1733. 4.

heit einzelner Thatumstände ankommt, den Partheyen einen Richter zu bestellen [13]). Wir bemerken dabey folgendes.

I) Alle römische Gerichtsbarkeit in diesem strengen Sinne genommen, stand der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur als ein öffentliches Amt, mithin verwaltungsweise, zu. Sie war also immer nur ein obrigkeitliches Recht (ius magistratus [14]). Eine Gerichtsbarkeit, welche jemandem ohne Rücksicht eines öffentlichen Amtes erb- und eigenthümlich zustehen kann, war den Römern völlig unbekannt. Eine Bemerkung, die zu richtiger Anwendung der römischen Gesetze von der Jurisdiction von großer Wichtigkeit ist.

II) Die römische Gerichtsbarkeit im strengen Verstande gab nur ein Recht, streitige Civilrechtssachen zu untersuchen und zu entscheiden [15]). Denn dies ist der

13) In der *L.* 3. *D. h. t.* am Ende sagt Ulpian ganz ausdrücklich: Iurisdictio est etiam *iudicis dandi licentia*, und es ist kein hinreichender Grund vorhanden, diese Stelle mit *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. Lib. III. cap. I. pag. 202. für corrupt zu halten. Vid. HOTOMANNUS lib. VII. Observat. c. 16. WISSENBACH ad Pandect. h. t. §. 33. et *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. lib. II. cap. 7. pag. 221. seq. Daß auch schon zu den Zeiten der freyen Republik der Begriff von Jurisdiction blos auf streitige Privatrechtsachen eingeschränkt gewesen, bey Criminalsachen aber das Wort *quaestio* gebraucht worden sey, hat ERNESTI in Clavi Ciceroniana sub v. *Iurisdictio* aus vielen Stellen des Cicero deutlich erwiesen. Add. GRAEVIUS in Animadversion. ad *Sigonium* de iudiciis edit. Thomas. Tom. II. pag. 754.

14) *L.* 1. *pr. D. de officio eius, cui mandata est iurisd.*

15) *L.* 1. *§.* 9. *D. de op. novi nunciat.*

eigentliche Sinn des Ausdrucks *ius dicere*, Recht sprechen [16]). Gewöhnlich verfügte jedoch eine römische Magistratsperson nur dasjenige, was zur Einleitung des Processes gehörte; und bestellte alsdann, wenn die Entscheidung der Sache auf der Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatumstände beruhete, den Partheyen einen Judex. Dies war der ordentliche Rechtslauf (ius ordinarium). In gewissen Fällen aber mußte der Prätor selbst cognosciren, und den Ausspruch thun (decernere). Ein solches Verfahren hieß *cognitio extraordinaria*, wovon Lib. L. Tit. 13. der Pandecten nachzusehen. Die römische Jurisdiction im eigentlichen Sinne des Pandectenrechts äusserte sich daher besonders in decernendo et iudicis datione [17]). *Decernere* aber hieß, quoties magistratus ipse extra ordinem cognoscebat [18]). Man unterschied daher

III) von Iurisdictio das Recht einer römischen Magistratsperson, die bey Ausübung der Gerichtsbarkeit zu befolgende Rechtssätze durch öffentlichen Anschlag bekannt zu machen. Man siehet dieß aus den Worten des Edicts [19]): *Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa — in albo — propositum erit, dolo malo corruperit* u. s. w. Die Gewalt eines röm. Magistrats gieng soweit, daß er aus wichtigen Ursachen von der Regel des gemeinen Rechts abweichen, und durch seine Edicte ein neues Recht

16) Man vergleiche hier besonders *Franc.* DUARENUS in Disputat. Anniversar. Lib. I. cap. 53. und *Scip.* GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 28.

17) *Car.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 7. HEINECCIUS in Elem. iuris civ. sec. ordin. Pandectar. P. I. §. 244.

18) HEINECCIUS in Historia Edictorum pag. 318. not. b.

19) *L. 7. pr. D. h. t.* add. *L. 2. §. 10. D. de Or. Iur.*

Recht einführen konnte. Die verschiedenen Arten der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geben einen Beweis, daß er sogar etwas, so geschehen, für nicht geschehen, und etwas, was nicht geschehen ist, für geschehen annehmen konnte, wenn ihm dieses nöthig zu seyn schien, um einen unbilligen Verlust zu verhüten [20]). Dieses ius edicto magistratus constitutum wird in unsern Gesetzen zuweilen *forma iurisdictionis* genennt [21]).

IV) Die eigentliche Gerichtsbarkeit begrif nicht einmal den Gerichtszwang, um rechtskräftige Urtheile und gegebene Weisungen mit rechtlichen Zwangsmitteln zu vollstrecken, und durchzusetzen [22]). Dieser gehörte zum imperio und zwar mixto der höhern Magistratspersonen [23]), von welchem ich beym §. 187. handeln

20) *L.* 7. *D. de restitut. in int.* *L.* 1. *D. quod met. c. gest.* *L.* 1. *D. de dolo malo*, *L.* 1. §. 1. *D. de minorib.* *L.* 2. §. 1. *D. de cap. minut.* *L.* 1. §. 1. *D. Ex quib. caus. maior.* *L.* 1. *pr. D. de alienat. iud. mut. c. facta.*

21) *L.* 20. *pr. D. fam. erciſc.* *L.* 5. §. 1. *D. ut legator caus. caveat.* *L.* 1. *C. ubi in rem actio.* Conf. GENTILIS de iurisdictione Lib. I. cap. I. pag. 4.

22) *Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iuris lib. I. cap. 4. HEINECCIUS in Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. P. I. §. 244. n. 5. et 6.

23) *L.* 5. §. 1. *D. de officio eius, cui man. est iurid.* Mandata *iurisdictione* privato, etiam *imperium*, quod non est merum, videtur mandari: *quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est.* COERCITIO ist hier, wie *Scipio* GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 5. p. 13. ganz richtig sagt, nichts anders, als *coactio et potestas iubendi atque exequendi.* Und diese Coertio wird *modica* genennt, weil die zu Vollziehung rechtlicher Erkenntnisse zu gebrauchende Zwangsmittel auf keine Leib- und Lebensstrafen hinauslaufen, welche das Imperium merum begrif.

werde. Geringere, und Municipalobrigkeiten, die kein imperium hatten [24]), übten den Gerichtszwang vermöge einer besondern Concession aus, soweit er nicht dem imperio vorbehalten war [25]). Die Grenzen der eigentlichen Jurisdiction erstreckten sich daher nur bis zur Entscheidung des Richters. Diese war, wie Ulpian [26]) sich ausdrückt, gleichsam das extremum in iurisdictione, d. i. die letzte Handlung, mit welcher sich das gerichtliche Verfahren endigte, so weit es zur eigentlichen Jurisdiction gehörte. Die Vollziehung richterlicher Entscheidungen gebührte dem imperio der Magistratsperson.

V) Rechtliche Handlungen ausser dem Proceß, welche entweder von einer Obrigkeit selbst geschehen müssen, wie z. B. Bevormundung unmündiger Personen

begrif. Sehr deutlich unterscheidet auch ULPIANUS in *L.* 4. *D de Iurisd.* Imperium und Iurisdictio, wenn er sagt: *Iubere caveri praetoria stipulatione*, IMPERII *magis est quam* IURISDICTIONIS: welche Stelle MERILLIUS in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. vortreflich erläutert.

24) *L.* 32. *D. de Iniur. L.* 26. *D. ad Municipal.*

25) Man sehe hier vorzüglich *Em.* MERILLIUS in Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. III. und in Observat. lib. III. c. 37. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis primae Digestor. h. tit. §. 35. in EIUSDEM *Commentat. academ. ab* VHLIO *editis* Volum. IV. pag. 133. *Of.* AURELIUS in Variant. Cuiacii interpretat. Dispunct. 4. und *Ev.* OTTO in lib. sing. de Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 2. p. 444.

26) *L. un. §.* 1. *D. Si quis ius dicenti non obtemperav.* Conf. HEINECCIUS in Historia Edictor. pag. 301. not. e, wo es heißt: EXTREMUM IN IURISDICTIONE *non est exsequutio, quae iam mixti imperii pars habetur, sed sententia.*

nen [27]), oder nur die obrigkeitliche Bestätigung erfordern, wie z. E. Adoption, Emancipation, Manumission und dergleichen, lagen gleichfalls ausser der Sphäre der eigentlichen Jurisdiction. Die Befugniß zu dergleichen Gerichtshandlungen stand keiner Magistratsperson vermöge ihres Amts zu, sondern mußte ihr ausdrücklich und vermittelst einer besondern gesetzlichen Verordnung verliehen werden, und hieß alsdann LEGIS ACTIO [28]). Daher kommt die Redensart *magistratus, apud quem est legis actio* [29]), oder *qui habet legis actionem* [30]). Hier ist Legis actio eben das, was man in der Folge *iurisdictio voluntaria* [31]) nannte, d. i. wie

27) VLPIANUS *L. 6. §. 2. D. de Tutelis* sagt ausdrücklich: Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis: sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps.

28) GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 34. p. 146. *Io. Ern.* SCHROETER Diss. de iurisdictione in genere eiusque a legis actione et reliquo iudicis officio differentia iure Rom. *Erlangae* 1747. §. V. *Christ. Henr.* BREUNING Dubia circa varias legis actionum actuumque legitimorum interpretationes. *Lipsiae* 1775. § XI.

29) *L. 4. D. de adoption. L. 3. D. de Offic. Proconf. L. 1. D. de offic Iurid. L. 1. Cod. de adoption.*

30) PAULUS *Sentent. Recept. lib. II. Tit. XXV. §. 4.* apud SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 317. Aus dieser Stelle erhellet übrigens, daß auch Municipalobrigkeiten legis actionem haben konnten.

31) Man siehet dieses aus der Vergleichung der *L. 2. et 3. D. de offic. Proconf.* ganz deutlich. Die Worte sind: Omnes Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent *iurisdictionem*, sed non contentiosam, sed *voluntariam*: ut ecce, manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi; et adoptiones fieri. Apud Legatum vero Proconsulis nemo manumittere

Breuning [32]) sehr gut erklärt hat, facultas, negotia quaedam legitima explicandi, non iure suo, sed ex speciali lege ac nominatim data concessione magistratui competens. Ganz unrichtig hingegen verstehet Ritter [33]) unter Legis actio die eigentliche Jurisdiction, welchen deßhalb Herr Oberappellations-Rath Höpfner [34]) gründlich widerlegt hat.

VI) Die eigentliche Jurisdiction erstreckte sich auch nicht auf Untersuchungen peinlicher Fälle. Diese nannten die Römer *quaestiones*, oder *cognitiones criminales*, auch *iudicia publica* [35]). Für diese wurden, seit der Einführung der quaestionum perpetuarum im Jahr der Erbauung Roms 605, gewisse Magistrate bestellet, welche man *Quaesitores* oder *Praetores quaestionum* nannte, und denen vermittelst besonderer Comitialgesetze, z. B. Lex L. Pisonis de pecuniis repetundis, ferner Leges Corneliae de falso, de sicariis et parricidio, Leges Iuliae de adulteriis, de vi, u. s. w. die Gewalt, über gewisse

mittere potest, quia non habet *iurisdictionem talem*. Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum *legis actio*.

32) cit. Dissertat. §. VI.

33) in Observat. ad HEINECCII histor. iuris Lib. I. Cap. III. §. 46. pag. 94.

34) S. Desselben Abhandlung von den Legis actionibus und actibus legitimis §. 5. Not. 5. Hinter dem Commentar über die Heineccischen Institutionen S. 906. der dritten Aufl.

35) Hier vergleiche man vorzüglich ERNESTI in Clavi Ciceron. v. *Quaestio*. *Lud. Godofr.* MADIHN Vicissitudines cognitionum criminalium apud Romanos usque ad Caesarum tempora. *Halae* 1772. §. XI. sqq. und *Frid.* SAXE Disp. de ordine iudiciorum publicorum apud Romanos. *Trajecti ad Rhenum* 1784. Cap. I.

gewisse bestimmte Criminalfälle, so oft sie vorkamen, Untersuchung anzustellen, und darüber zu richten, ein für allemal übertragen wurde. Eine solche Gewalt in peinlichen Fällen, vermöge welcher ein magistratus Verbrecher sogar am Leben strafen konnte, hieß *potestas gladii*, oder *imperium merum* [36]), und stand einer obrigkeitlichen Person nur vermöge einer besondern Concession zu, konnte auch nicht, wie Iurisdictio, mandirt, d. i. jemand anders überlassen werden. Hierher gehören folgende Stellen. ULPIANUS *lib.* 2. *de officio Quaestoris* [37]). Imperium aut merum aut mixtum est. *Merum* est *imperium*, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam *Potestas* appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest etc. Der Unterschied zwischen Jurisdiction und Imperium merum ist hier ganz evident. Ferner PAPINIANUS *lib. I. Quaestionum* [38]): Quaecunque specialiter Lege vel Senatusconsulto vel Constitutione Principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. Et ideo videntur errare *Magistratus*, qui cum *publici iudicii habeant exercitionem Lege vel Senatusconsulto delegatam* (veluti Legis Iuliae de adulteriis, et si quae sunt aliae similes) iurisdictionem

36) Daß das imperium merum auch geringere Strafen begrif, ist ausser Zweifel. Man vergleiche nur den *Tit. Dig. de poenis*, und MERILLIUS in Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 2. Allein auf Lebensstrafen mußte es sich erstrecken, denn dieß zeigt eigentlich die *gladii potestas* an. S. CORASII Miscellan. iur. civ. Lib. III. cap. 17.

37) *L. 3. D. de iurisdict.*

38) *L. 1. D. de officio eius, cui mandata est iurisdict.* Add. *L. 6. pr. D. de offic. Proconf. et legati.*

nem ſuam mandant. — Verius eſt enim, more maiorum *iurisdictionem* quidem transferri; ſed *merum imperium*, quod Lege datur, non poſſe tranſire. Quare nemo dicit, *animadverſionem* Legatum Proconſulis habere mandata *iurisdictione*. Von dieſem imperio mero wird bey dem §. 187. noch ein mehreres vorkommen. Endlich

VII) unterſchied man auch *Notio* und *Iurisdictio*. *Notio* hieß jede gerichtliche Erörterung einer ſtreitigen Privatrechtsſache [39]) und wurde nicht nur von den obrigkeitlichen Perſonen ſelbſt, welche Jurisdiction hatten, gebraucht, z. B. notio Praetoris [40]) notio Praeſidis [41]), ſondern auch von ſolchen Richtern, die keine eigentliche Jurisdiction hatten, und nur vom Prätor den Partheyen beſtellet wurden. Daher ſagt Ulpian [42]): NOTIONEM accipere poſſumus et cognitionem et iurisdictionem; und an einem andern Orte [43]) ſagt er: NOTIONIS nomen etiam ad eos per-

39) Vid. *Io.* GOEDDAEUS in Commentar. repet. praelect. in tit. XVI. libri L. Pandectar. de Verbor. et Rer. ſignificat. ad *L.* 99. *D. de V. S. Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco, Diſſ. XXXVIII. §. 6. pag. 317. Am ausführlichſten aber hat Ulrich Huber in Praelectionib. iur. Rom. et hodierni P. II. Tit. de iurisdictione §. 2. pag. 75. ſqq. den Unterſchied zwiſchen *Notio* und *Iurisdictio* gezeigt.

40) *L.* 8. §. 1. *D. de Transact. L.* 3. §. 3. *D. de lib. exhib.*

41) *L.* 10. *D. de offic. praeſid.* über dieſe Stelle vergleiche man *Ioſ.* FINESTRES in Hermogenian. Tom. I. pag. 415. Hierher gehört auch *L.* 1. §. 12. *D. ad SCtum Turpill.* NOTIO für Jurisdiction genommen, kommt ferner vor §. 1. *I. de eo, cui libertat. c. bona addic. L.* 5. §. 16. *D. ut in poſſeſſ. legator. L. ult.* §. 1. *D. de Obl. et Act.*

42) *L.* 99. *pr. D. de Verbor. Significat.*

43) *L.* 5. *pr. D. de re iudicat.*

pertinet, *qui iurisdictionem non habent*, ſed habent de quavis alia cauſa notionem. So viel zur Erläuterung des engern und eigentlichen Begrifs der Jurisdiction nach den Geſetzen der Pandekten. Allein die Römer nahmen das Wort *Iurisdictio* auch in einer ausgedehnteren Bedeutung für den ganzen Umfang der obrigkeitlichen oder richterlichen Gewalt. Denn nach dem Rechte des Codex hört der Unterſchied zwiſchen Magiſtrat und Judex auf, indem die obrigkeitlichen Perſonen angewieſen ſind, ſelbſt Recht zu ſprechen, und die Sache nicht erſt an einen Iudex pedaneus zu verweiſen [44]). Daher finden wir, daß die Geſetze oft zur Jurisdiction etwas rechnen, was ſie in der engern Bedeutung derſelben davon ſorgfältig unterſcheiden. In dieſer Rückſicht ſagt daher Ulpian [45]): Ius dicentis officium latiſſimum eſt: nam et bonorum poſſeſſionem dare poteſt, et in poſſeſſionem mittere, pupillis non habentibus tutores conſtituere, iudices litigantibus dare; und an einem andern Orte [46]): Cum pleniſſimam iurisdictionem Proconſul habeat,

44) *L. 2. Cod. de pedaneis iudicib.* Nur einige Fälle werden ausgenommen: ita tamen, ut, ſi vel propter occupationes publicas, vel propter cauſarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoſcere, iudices dandi habeant poteſtatem. Zu Juſtinians Zeiten muß aber die alte Sitte, Iudices zu beſtellen, ganz aufgehört haben, denn im *§. ult. I. de Interdict.* ſagt Juſtinian, omnia iudicia hodie eſſe extraordinaria. Conf. *Io.* HOP. Diſſ. de iudicibus a Praetore et Provinciarum Rectoribus ad cauſas privatas diiudicandas dari ſolitis Cap. ult. in *Ger.* OELRICHS Theſ. novo Differt. Belgicar. Vol. I. Tom. II. p. 558. ſqq.

45) *L. 1. D. de iurisdict.*

46) *L. 7. §. 2. D. de off. Proconſ.* Vid. NOODT de iurisdict. et imperio lib. I. c. 1. und QUINTANADUEGNAS in Tr. de iurisd. et imperio lib. I. Tit. 2. n. 4.

habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi Magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent. Eben deswegen wird oft in unsern Gesetzen die nämliche Gerichtshandlung bald dem Imperium bald der Jurisdiction zugeschrieben. Z. B. Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand werden L. 26. D. ad municipalem zum Imperium gerechnet; in L. 4. §. 3. D. de damno infect. *L.* 1. §. 10. *D. de postul.* und L. ult. Cod. ubi et apud quem restitut. in integr. aber zur Jurisdiction. Mehrere Beyspiele hat Merillius [47]). Nicht weniger wird in jener weitläuftigen Bedeutung des Worts Iurisdictio dasjenige, was eigentlich zur Legis actio gehörte, der iurisdictioni voluntariae [48]), und, was dem imperio mero gebürte, der iurisdictioni criminali zugeeignet [49]). Auch hat es auf den ausgedehntern Begrif seine Beziehung, wenn die alten den ganzen Umfang der prätorischen Gerichtsbarkeit durch die

47) in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Digestor. h. t. §. 34. und in Iurisprud. vet. Antejust. p. 447.

48) *L.* 2. *et* 3. *D. de offic. Proconf.* Eben so wird die Cognition des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente *L.* 8. *pr. et §.* 18. *D. de Transact.* für eine Sache der Jurisdiction erklärt; weniger nicht die Ernennung der Vormünder in *L.* 3. *D. de postul.* und *L.* 3. §. 5. *D. iudicat. solvi* in die Sphäre der Gerichtsbarkeit gezogen. Eben dieses bestätigt auch die *L.* 3. *C. de confirm. tutore,* wenn man statt der gemeinen Leseart mit RUSSARDUS lieset: *alii ab eo, cuius iurisdictio est, dati sunt.* Conf. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 1.

49) *L.* 2. *Cod. de Veteranis, L.* 2. *Cod. de privileg. scholar.* Daß auch das Wort *Notio* sich auf peinliche Sachen erstreckt, beweißt *L.* 1. §. 4. *D. de off. praef. urb.*

die bekannten drey Worte DO, DICO, ADDICO ausdruckten, welche Heineccius am richtigsten erklärt hat [50]).

§. 185.

Begriff der teutschen Gerichtsbarkeit, und Unterschied derselben von der römischen.

Die teutsche Gerichtsbarkeit [51]) unterscheidet sich in mehr als einer Rücksicht von jener römischen Jurisdiction. Denn a) kann diese Gerichtsbarkeit sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen, welchem sie zustehet, als ein öffentliches Amt seyn. Dahingegen die römische Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur immer verwaltungsweise zustand. b) Die teutsche Gerichtsbarkeit umfaßt nicht nur die Untersuchung und Entscheidung der Rechtsfälle, sondern auch den Gerichtszwang [52]), d. i. die Anwendung der nöthi-

50) in Historia Edictor. Lib. I. cap. 6. §. 8. 9. et 10. pag. 83. sqq.

51) *Ueber* die teutsche Gerichtsbarkeit haben vorzüglich geschrieben *Christ.* THOMASIUS in Diss. de iurisdictione et magistratuum differentia secundum mores Germanorum. *Halae* 1703. rec. 1714. *Frid. Es.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica liber. *Lemgoviae* 1742. et 1786. 8. Joh. Leonh. Hauschild Gerichtsverfassung der Teutschen. Leipzig 1741. C. Ph. Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und civil Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen. Th. 1. u. 2. Cassel 1769 und 1771. 4. auch Lobethan in dem oben angeführten Buche 2. Abschnitt.

52) Daher bedeutet Gerichtszwang zuweilen die Gerichtsbarkeit selbst. Z. B. in den Reichsabschieden von 1548. 1551. und 1577. Man sehe D. Joh. Christ. Konr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen. II. Band (Halle 1786. 8.) S. 45. folg.

habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi Magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent. Eben deswegen wird oft in unsern Gesetzen die nämliche Gerichtshandlung bald dem Imperium bald der Jurisdiction zugeschrieben. Z. B. Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand werden L. 26. D. ad municipalem zum Imperium gerechnet; in L. 4. §. 3. D. de damno infect. *L.* 1. §. 10. *D. de postul.* und L. ult. Cod. ubi et apud quem restitut. in integr. aber zur Jurisdiction. Mehrere Beyspiele hat Merillius [47]). Nicht weniger wird in jener weitläuftigen Bedeutung des Worts Iurisdictio dasjenige, was eigentlich zur Legis actio gehörte, der iurisdictioni voluntariae [48]), und, was dem imperio mero gebürte, der iurisdictioni criminali zugeeignet [49]). Auch hat es auf den ausgedehntern Begrif seine Beziehung, wenn die alten den ganzen Umfang der prätorischen Gerichtsbarkeit durch die

47) in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Digestor. h. t. §. 34. und in Iurisprud. vet. Antejust. p. 447.

48) *L.* 2. *et* 3. *D. de offic. Proconf.* Eben so wird die Cognition des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente *L.* 8. *pr. et §.* 18. *D. de Transact.* für eine Sache der Jurisdiction erklärt; weniger nicht die Ernennung der Vormünder in *L.* 3. *D. de postul.* und *L.* 3. §. 5. *D. iudicat. solvi* in die Sphäre der Gerichtsbarkeit gezogen. Eben dieses bestätigt auch die *L.* 3. *C. de confirm. tutore,* wenn man statt der gemeinen Lesart mit RUSSARDUS lieset: *alii ab eo, cuius iurisdictio est, dati sunt.* Conf. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 1.

49) *L.* 2. *Cod. de Veteranis, L.* 2. *Cod. de privileg. scholar.* Daß auch das Wort *Notio* sich auf peinliche Sachen erstreckt, beweißt *L.* 1. §. 4. *D. de off. praef. urb.*

die bekannten drey Worte DO, DICO, ADDICO ausdruckten, welche Heineccius am richtigsten erklärt hat [50]).

§. 185.

Begriff der teutschen Gerichtsbarkeit, und Unterschied derselben von der römischen.

Die teutsche Gerichtsbarkeit [51]) unterscheidet sich in mehr als einer Rücksicht von jener römischen Jurisdiction. Denn a) kann diese Gerichtsbarkeit sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen, welchem sie zustehet, als ein öffentliches Amt seyn. Dahingegen die römische Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur immer verwaltungsweise zustand. b) Die teutsche Gerichtsbarkeit umfaßt nicht nur die Untersuchung und Entscheidung der Rechtsfälle, sondern auch den Gerichtszwang [52]), d. i. die Anwendung der nöthi-

50) in Historia Edictor. Lib. I. cap. 6. §. 8. 9. et 10. pag. 83. sqq.

51) *Ueber* die teutsche Gerichtsbarkeit haben vorzüglich geschrieben *Christ.* THOMASIUS in Diss. de iurisdictione et magistratuum differentia secundum mores Germanorum. *Halae* 1703. rec. 1714. *Frid. Es.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica liber. *Lemgoviae* 1742. et 1786. 8. Joh. Leonh. Hauschild Gerichtsverfassung der Teutschen. Leipzig 1741. C. Ph. Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und civil Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen. Th. 1. u. 2. Cassel 1769 und 1771. 4. auch Lobethan in dem oben angeführten Buche 2. Abschnitt.

52) Daher bedeutet Gerichtszwang zuweilen die Gerichtsbarkeit selbst. Z. B. in den Reichsabschieden von 1548. 1551. und 1577. Man sehe D. Joh. Christ. Konr. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen. II. Band (Halle 1786. 8.) S. 45. folg.

habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi Magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent. Eben deswegen wird oft in unsern Gesetzen die nämliche Gerichtshandlung bald dem Imperium bald der Jurisdiction zugeschrieben. Z. B. Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand werden L. 26. D. ad municipalem zum Imperium gerechnet; in L. 4. §. 3. D. de damno infect. *L.* 1. §. 10. *D. de postul.* und L. ult. Cod. ubi et apud quem restitut. in integr. aber zur Jurisdiction. Mehrere Beyspiele hat Merillius [47]). Nicht weniger wird in jener weitläuftigen Bedeutung des Worts Iurisdictio dasjenige, was eigentlich zur Legis actio gehörte, der iurisdictioni voluntariae [48]), und, was dem imperio mero gebürte, der iurisdictioni criminali zugeeignet [49]). Auch hat es auf den ausgedehntern Begrif seine Beziehung, wenn die alten den ganzen Umfang der prätorischen Gerichtsbarkeit durch die

47) in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Digestor. h. t. §. 34. und in Iurisprud. vet. Antejust. p. 447.

48) *L.* 2. *et* 3. *D. de offic. Proconf.* Eben so wird die Cognition des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente *L.* 8. *pr. et §.* 18. *D. de Transact.* für eine Sache der Jurisdiction erklärt; weniger nicht die Ernennung der Vormünder in *L.* 3. *D. de postul.* und *L.* 3. §. 5. *D. iudicat. solvi* in die Sphäre der Gerichtsbarkeit gezogen. Eben dieses bestätigt auch die *L.* 3. *C. de confirm. tutore,* wenn man statt der gemeinen Leseart mit RUSSARDUS lieset: *alii ab eo, cuius iurisdictio est, dati sunt.* Conf. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 1.

49) *L.* 2. *Cod. de Veteranis, L.* 2. *Cod. de privileg. scholar.* Daß auch das Wort *Notio* sich auf peinliche Sachen erstreckt, beweißt *L.* 1. §. 4. *D. de off. praef. urb.*

die bekannten drey Worte DO, DICO, ADDICO aus-druckten, welche Heineccius am richtigsten erklärt hat [50]).

§. 185.

Begriff der teutschen Gerichtsbarkeit, und Unterschied derselben von der römischen.

Die teutsche Gerichtsbarkeit [51]) unterscheidet sich in mehr als einer Rücksicht von jener römischen Jurisdiction. Denn a) kann diese Gerichtsbarkeit sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen, welchem sie zustehet, als ein öffentliches Amt seyn. Dahingegen die römische Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur immer verwaltungsweise zustand. b) Die teutsche Gerichtsbarkeit umfaßt nicht nur die Untersuchung und Entscheidung der Rechtsfälle, sondern auch den Gerichtszwang [52]), d. i. die Anwendung der nöthi-

50) in Historia Edictor. Lib. I. cap. 6. §. 8. 9. et 10. pag. 83. sqq.

51) *Ueber* die teutsche Gerichtsbarkeit haben vorzüglich geschrieben *Christ.* THOMASIUS in Diss. de iurisdictione et magistratuum differentia secundum mores Germanorum. *Halae* 1703. rec. 1714. *Frid. Es.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica liber. *Lemgoviae* 1742. et 1786. 8. Joh. Leonh. Hauschild Gerichtsverfassung der Teutschen. Leipzig 1741. C. Ph. Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und civil Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen. Th. 1. u. 2. Cassel 1769 und 1771. 4. auch Lobethan in dem oben angeführten Buche 2. Abschnitt.

52) Daher bedeutet Gerichtszwang zuweilen die Gerichtsbarkeit selbst. Z. B. in den Reichsabschieden von 1548. 1551. und 1577. Man sehe D. Joh. Christ. Konr. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen. II. Band (Halle 1786. 8.) S. 45. folg.

habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi Magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent. Eben deswegen wird oft in unsern Gesetzen die nämliche Gerichtshandlung bald dem Imperium bald der Jurisdiction zugeschrieben. Z. B. Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand werden L. 26. D. ad municipalem zum Imperium gerechnet; in L. 4. §. 3. D. de damno infect. *L.* 1. §. 10. *D. de postul.* und L. ult. Cod. ubi et apud quem restitut. in integr. aber zur Jurisdiction. Mehrere Beyspiele hat Merillius [47]). Nicht weniger wird in jener weitläuftigen Bedeutung des Worts Iurisdictio dasjenige, was eigentlich zur Legis actio gehörte, der iurisdictioni voluntariae [48]), und, was dem imperio mero gebürte, der iurisdictioni criminali zugeeignet [49]). Auch hat es auf den ausgedehntern Begrif seine Beziehung, wenn die alten den ganzen Umfang der prätorischen Gerichtsbarkeit durch die

47) in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Digestor. h. t. §. 34. und in Iurisprud. vet. Antejust. p. 447.

48) *L.* 2. *et* 3. *D. de offic. Proconf.* Eben so wird die Cognition des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente *L.* 8. *pr. et §.* 18. *D. de Transact.* für eine Sache der Jurisdiction erklärt; weniger nicht die Ernennung der Vormünder in *L.* 3. *D. de postul.* und *L.* 3. §. 5. *D. iudicat. solvi* in die Sphäre der Gerichtsbarkeit gezogen. Eben dieses bestätigt auch die *L.* 3. *C. de confirm. tutore,* wenn man statt der gemeinen Lesearт mit RUSSARDUS lieset: *alii ab eo, cuius iurisdictio est, dati sunt.* Conf. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 1.

49) *L.* 2. *Cod. de Veteranis, L.* 2. *Cod. de privileg. scholar.* Daß auch das Wort *Notio* sich auf peinliche Sachen erstreckt, beweißt *L.* 1. §. 4. *D. de off. praef. urb.*

die bekannten drey Worte DO, DICO, ADDICO ausdruckten, welche Heineccius am richtigsten erklärt hat [50]).

§. 185.

Begriff der teutschen Gerichtsbarkeit, und Unterschied derselben von der römischen.

Die teutsche Gerichtsbarkeit [51]) unterscheidet sich in mehr als einer Rücksicht von jener römischen Jurisdiction. Denn a) kann diese Gerichtsbarkeit sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen, welchem sie zustehet, als ein öffentliches Amt seyn. Dahingegen die römische Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur immer verwaltungsweise zustand. b) Die teutsche Gerichtsbarkeit umfaßt nicht nur die Untersuchung und Entscheidung der Rechtsfälle, sondern auch den Gerichtszwang [52]), d. i. die Anwendung der nöthi-

50) in Historia Edictor. Lib. I. cap. 6. §. 8. 9. et 10. pag. 83. sqq.

51) *Ueber* die teutsche Gerichtsbarkeit haben vorzüglich geschrieben *Christ.* THOMASIUS in Diss. de iurisdictione et magistratuum differentia secundum mores Germanorum. *Halae* 1703. rec. 1714. *Frid. Es.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica liber. *Lemgoviae* 1742. et 1786. 8. Joh. Leonh. Hauschild Gerichtsverfassung der Teutschen. Leipzig 1741. C. Ph. Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und civil Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen. Th. 1. u. 2. Cassel 1769 und 1771. 4. auch Lobethan in dem oben angeführten Buche 2. Abschnitt.

52) Daher bedeutet Gerichtszwang zuweilen die Gerichtsbarkeit selbst. Z. B. in den Reichsabschieden von 1548. 1551. und 1577. Man sehe D. Joh. Christ. Konr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen. II. Band (Halle 1786. 8.) S. 45. folg.

habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi Magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent. Eben deswegen wird oft in unsern Gesetzen die nämliche Gerichtshandlung bald dem Imperium bald der Jurisdiction zugeschrieben. Z. B. Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand werden L. 26. D. ad municipalem zum Imperium gerechnet; in L. 4. §. 3. D. de damno infect. *L.* 1. §. 10. *D. de postul.* und L. ult. Cod. ubi et apud quem restitut. in integr. aber zur Jurisdiction. Mehrere Beyspiele hat Merillius [47]). Nicht weniger wird in jener weitläuftigen Bedeutung des Worts Iurisdictio dasjenige, was eigentlich zur Legis actio gehörte, der iurisdictioni voluntariae [48]), und, was dem imperio mero gebürte, der iurisdictioni criminali zugeeignet [49]). Auch hat es auf den ausgedehntern Begrif seine Beziehung, wenn die alten den ganzen Umfang der prätorischen Gerichtsbarkeit durch die

47) in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Digestor. h. t. §. 34. und in Iurisprud. vet. Antejust. p. 447.

48) *L.* 2. *et* 3. *D. de offic. Proconf.* Eben so wird die Cognition des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente *L.* 8. *pr. et §.* 18. *D. de Transact.* für eine Sache der Jurisdiction erklärt; weniger nicht die Ernennung der Vormünder in *L.* 3. *D. de postul.* und *L.* 3. §. 5. *D. iudicat. solvi* in die Sphäre der Gerichtsbarkeit gezogen. Eben dieses bestätigt auch die *L.* 3. *C. de confirm. tutore,* wenn man statt der gemeinen Leseart mit RUSSARDUS lieset: *alii ab eo, cuius iurisdictio est, dati sunt.* Conf. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 1.

49) *L.* 2. *Cod. de Veteranis, L.* 2. *Cod. de privileg. scholar.* Daß auch das Wort *Notio* sich auf peinliche Sachen erstreckt, beweißt *L.* 1. §. 4. *D. de off. praef. urb.*

die bekannten drey Worte DO, DICO, ADDICO aus-druckten, welche Heineccius am richtigsten erklärt hat [50]).

§. 185.

Begriff der teutschen Gerichtsbarkeit, und Unterschied derselben von der römischen.

Die teutsche Gerichtsbarkeit [51]) unterscheidet sich in mehr als einer Rücksicht von jener römischen Jurisdiction. Denn a) kann diese Gerichtsbarkeit sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen, welchem sie zustehet, als ein öffentliches Amt seyn. Dahingegen die römische Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur immer verwaltungsweise zustand. b) Die teutsche Gerichtsbarkeit umfaßt nicht nur die Untersuchung und Entscheidung der Rechtsfälle, sondern auch den Gerichtszwang [52]), d. i. die Anwendung der nöthi-

50) in Historia Edictor. Lib. I. cap. 6. §. 8. 9. et 10. pag. 83. sqq.

51) *Ueber* die teutsche Gerichtsbarkeit haben vorzüglich geschrieben *Christ.* THOMASIUS in Diss. de iurisdictione et magistratuum differentia secundum mores Germanorum. *Halae* 1703. rec. 1714. *Frid. Es.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica liber. *Lemgoviae* 1742. et 1786. 8. Joh. Leonh. Hauschild Gerichtsverfassung der Teutschen. Leipzig 1741. C. Ph. Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und civil Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen. Th. 1. u. 2. Cassel 1769 und 1771. 4. auch Lobethan in dem oben angeführten Buche 2. Abschnitt.

52) Daher bedeutet Gerichtszwang zuweilen die Gerichtsbarkeit selbst. Z. B. in den Reichsabschieden von 1548. 1551. und 1577. Man sehe D. Joh. Christ. Konr. Schösters vermischte juristische Abhandlungen. II. Band (Halle 1786. 8.) S. 45. folg.

habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi Magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent. Eben deswegen wird oft in unsern Gesetzen die nämliche Gerichtshandlung bald dem Imperium bald der Jurisdiction zugeschrieben. Z. B. Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand werden L. 26. D. ad municipalem zum Imperium gerechnet; in L. 4. §. 3. D. de damno infect. *L.* 1. §. 10. *D. de postul.* und L. ult. Cod. ubi et apud quem restitut. in integr. aber zur Jurisdiction. Mehrere Beyspiele hat Merillius [47]). Nicht weniger wird in jener weitläuftigen Bedeutung des Worts Iurisdictio dasjenige, was eigentlich zur Legis actio gehörte, der iurisdictioni voluntariae [48]), und, was dem imperio mero gebürte, der iurisdictioni criminali zugeeignet [49]). Auch hat es auf den ausgedehntern Begrif seine Beziehung, wenn die alten den ganzen Umfang der prätorischen Gerichtsbarkeit durch die

47) in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Digestor. h. t. §. 34. und in Iurisprud. vet. Antejust. p. 447.

48) *L.* 2. *et* 3. *D. de offic. Proconf.* Eben so wird die Cognition des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente *L.* 8. *pr. et §.* 18. *D. de Transact.* für eine Sache der Jurisdiction erklärt; weniger nicht die Ernennung der Vormünder in *L.* 3. *D. de postul.* und *L.* 3. §. 5. *D. iudicat. solvi* in die Sphäre der Gerichtsbarkeit gezogen. Eben dieses bestätigt auch die *L.* 3. *C. de confirm. tutore,* wenn man statt der gemeinen Leseart mit RUSSARDUS lieset: *alii ab eo, cuius iurisdictio est, dati sunt.* Conf. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 1.

49) *L.* 2. *Cod. de Veteranis, L.* 2. *Cod. de privileg. scholar.* Daß auch das Wort *Notio* sich auf peinliche Sachen erstreckt, beweißt *L.* 1. §. 4. *D. de off. praef. urb.*

die bekannten drey Worte DO, DICO, ADDICO aus-druckten, welche Heineccius am richtigsten erklärt hat 50).

§. 185.

Begriff der teutschen Gerichtsbarkeit, und Unterschied derselben von der römischen.

Die teutsche Gerichtsbarkeit 51) unterscheidet sich in mehr als einer Rücksicht von jener römischen Jurisdiction. Denn a) kann diese Gerichtsbarkeit sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen, welchem sie zustehet, als ein öffentliches Amt seyn. Dahingegen die römische Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur immer verwaltungsweise zustand. b) Die teutsche Gerichtsbarkeit umfaßt nicht nur die Untersuchung und Entscheidung der Rechtsfälle, sondern auch den Gerichtszwang 52), d. i. die Anwendung der nöthi-

50) in Historia Edictor. Lib. I. cap. 6. §. 8. 9. et 10. pag. 83. sqq.

51) *Ueber die teutsche Gerichtsbarkeit haben vorzüglich geschrieben Christ.* THOMASIUS in Diss. de iurisdictione et magistratuum differentia secundum mores Germanorum. *Halae* 1703. rec. 1714. *Frid. Es.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica liber. *Lemgoviae* 1742. et 1786. 8. Joh. Leonh. Hauschild Gerichtsverfassung der Teutschen. Leipzig 1741. C. Ph. Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und civil Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen. Th. 1. u. 2. Cassel 1769 und 1771. 4. auch Lobethan in dem oben angeführten Buche 2. Abschnitt.

52) Daher bedeutet Gerichtszwang zuweilen die Gerichtsbarkeit selbst. Z. B. in den Reichsabschieden von 1548. 1551. und 1577. Man sehe D. Joh. Christ. Konr. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen. II. Band (Halle 1786. 8.) S. 45. folg.

werde. Geringere, und Municipalobrigkeiten, die kein imperium hatten [24]), übten den Gerichtszwang vermöge einer besondern Concession aus, soweit er nicht dem imperio vorbehalten war [25]). Die Grenzen der eigentlichen Jurisdiction erstreckten sich daher nur bis zur Entscheidung des Richters. Diese war, wie Ulpian [26]) sich ausdrückt, gleichsam das extremum in iurisdictione, d. i. die letzte Handlung, mit welcher sich das gerichtliche Verfahren endigte, so weit es zur eigentlichen Jurisdiction gehörte. Die Vollziehung richterlicher Entscheidungen gebührte dem imperio der Magistratsperson.

V) Rechtliche Handlungen ausser dem Proceß, welche entweder von einer Obrigkeit selbst geschehen müssen, wie z. B. Bevormundung unmündiger Personen

begrif. Sehr deutlich unterscheidet auch ULPIANUS in *L.* 4. *D de Iurisd.* Imperium und Iurisdictio, wenn er sagt: *Iubere caveri praetoria ſtipulatione*, IMPERII *magis eſt quam* IURISDICTIONIS: welche Stelle MERILLIUS in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. vortreflich erläutert.

24) *L.* 32. *D. de Iniur. L.* 26. *D. ad Municipal.*

25) Man sehe hier vorzüglich *Em.* MERILLIUS in Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. III. und in Obſervat. lib. III. c. 37. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis primae Digeſtor. h. tit. §. 35. in EIUSDEM *Commentat. academ. ab* VHLIO *editis* Volum. IV. pag. 133. *Of.* AURELIUS in Variant. Cuiacii interpretat. Diſpunct. 4. und *Ev.* OTTO in lib. ſing. de Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 2. p. 444.

26) *L. un. §. 1. D. Si quis ius dicenti non obtemperav.* Conf. HEINECCIUS in Hiſtoria Edictor. pag. 301. not. e, wo es heißt: EXTREMUM IN IURISDICTIONE *non eſt exſequutio, quae iam mixti imperii pars habetur, ſed ſententia.*

nen [27]), oder nur die obrigkeitliche Bestätigung erfordern, wie z. E. Adoption, Emancipation, Manumission und dergleichen, lagen gleichfalls ausser der Sphäre der eigentlichen Jurisdiction. Die Befugniß zu dergleichen Gerichtshandlungen stand keiner Magistratsperson vermöge ihres Amts zu, sondern mußte ihr ausdrücklich und vermittelst einer besondern gesetzlichen Verordnung verliehen werden, und hieß alsdann LEGIS ACTIO [28]). Daher kommt die Redensart *magistratus, apud quem est legis actio* [29]), oder *qui habet legis actionem* [30]). Hier ist Legis actio eben das, was man in der Folge *iurisdictio voluntaria* [31]) nannte, d. i. wie

27) VLPIANUS *L. 6. §. 2. D. de Tutelis* sagt ausdrücklich: Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis: sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps.

28) GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 34. p. 146. *Io. Ern.* SCHROETER Diss. de iurisdictione in genere eiusque a legis actione et reliquo iudicis officio differentia iure Rom. *Erlangae* 1747. §. V. *Christ. Henr.* BREUNING Dubia circa varias legis actionum actuumque legitimorum interpretationes. *Lipsiae* 1775. § XI.

29) *L. 4. D. de adoption. L. 3. D. de Offic. Proconf. L. 1. D. de offic Iurid. L. 1. Cod. de adoption.*

30) PAULUS *Sentent. Recept. lib. II. Tit. XXV.* §. 4. apud SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 317. Aus dieser Stelle erhellet übrigens, daß auch Municipalobrigkeiten legis actionem haben konnten.

31) Man siehet dieses aus der Vergleichung der *L. 2. et 3. D. de offic. Proconf.* ganz deutlich. Die Worte sind: Omnes Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent *iurisdictionem*, sed non contentiosam, sed *voluntariam*: ut ecce, manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi; et adoptiones fieri. Apud Legatum vero Proconsulis nemo manumittere

werde. Geringere, und Municipalobrigkeiten, die kein imperium hatten [24]), übten den Gerichtszwang vermöge einer besondern Concession aus, soweit er nicht dem imperio vorbehalten war [25]). Die Grenzen der eigentlichen Jurisdiction erstreckten sich daher nur bis zur Entscheidung des Richters. Diese war, wie Ulpian [26]) sich ausdrückt, gleichsam das extremum in iurisdictione, d. i. die letzte Handlung, mit welcher sich das gerichtliche Verfahren endigte, so weit es zur eigentlichen Jurisdiction gehörte. Die Vollziehung richterlicher Entscheidungen gebührte dem imperio der Magistratsperson.

V) Rechtliche Handlungen ausser dem Proceß, welche entweder von einer Obrigkeit selbst geschehen müssen, wie z. B. Bevormundung unmündiger Personen

begrif. Sehr deutlich unterscheidet auch ULPIANUS in *L.* 4. D *de Iurisd.* Imperium und Iurisdictio, wenn er sagt: *Iubere caveri praetoria ſtipulatione*, IMPERII *magis eſt quam* IURISDICTIONIS: welche Stelle MERILLIUS in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. vortreflich erläutert.

24) *L.* 32. *D. de Iniur. L.* 26. *D. ad Municipal.*

25) Man sehe hier vorzüglich *Em.* MERILLIUS in Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. III. und in Obſervat. lib. III. c. 37. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis primae Digeſtor. h. tit. §. 35. in EIUSDEM *Commentat. academ. ab* VHLIO *editis* Volum. IV. pag. 133. *Of.* AURELIUS in Variant. Cuiacii interpretat. Diſpunct. 4. und *Ev.* OTTO in lib. ſing. de Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 2. p. 444.

26) *L. un. §.* 1. *D. Si quis ius dicenti non obtemperav.* Conf. HEINECCIUS in Hiſtoria Edictor. pag. 301. not. e, wo es heißt: EXTREMUM IN IURISDICTIONE *non eſt exſequutio, quae iam mixti imperii pars habetur, ſed ſententia.*

nen [27]), oder nur die obrigkeitliche Bestätigung erfordern, wie z. E. Adoption, Emancipation, Manumission und dergleichen, lagen gleichfalls auſſer der Sphäre der eigentlichen Jurisdiction. Die Befugniß zu dergleichen Gerichtshandlungen stand keiner Magistratsperson vermöge ihres Amts zu, sondern mußte ihr ausdrücklich und vermittelst einer besondern gesetzlichen Verordnung verliehen werden, und hieß alsdann LEGIS ACTIO [28]). Daher kommt die Redensart *magistratus, apud quem est legis actio* [29]), oder *qui habet legis actionem* [30]). Hier ist Legis actio eben das, was man in der Folge *iurisdictio voluntaria* [31]) nannte, d. i. wie

27) VLPIANUS *L. 6. §. 2. D. de Tutelis* sagt ausdrücklich: Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis: sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps.

28) GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 34. p. 146. *Io. Ern.* SCHROETER Diss. de iurisdictione in genere eiusque a legis actione et reliquo iudicis officio differentia iure Rom. *Erlangae* 1747. §. V. *Christ. Henr.* BREUNING Dubia circa varias legis actionum actuumque legitimorum interpretationes. *Lipsiae* 1775. § XI.

29) *L. 4. D. de adoption. L. 3. D. de Offic. Proconſ. L. 1. D. de offic Iurid. L. 1. Cod. de adoption.*

30) PAULUS *Sentent. Recept. lib. II. Tit. XXV.* §. 4. apud SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 317. Aus dieser Stelle erhellet übrigens, daß auch Municipalobrigkeiten legis actionem haben konnten.

31) Man siehet dieses aus der Vergleichung der *L. 2. et 3. D. de offic. Proconſ.* ganz deutlich. Die Worte sind: Omnes Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent *iurisdictionem*, sed non contentiosam, sed *voluntariam*: ut ecce, manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi; et adoptiones fieri. Apud Legatum vero Proconsulis nemo manumittere

ren, beweisen wenigstens ihre Meinung nicht [64]). Zwar konnte das imperium der Jurisdiction cohäriren, und war auch wirklich in gewisser Rücksicht von der letztern unzertrennbar, so weit es nämlich auf die Handhabung der Gerichtsbarkeit abzielte; daher sagt schon Javolenus [65]): wer die Gerichtsbarkeit hat, der hat auch in der Regel alle diejenige Gewalt, ohne welche die Gerichtsbarkeit nicht mit Nachdruck ausgeübt werden kann. Allein deßwegen war doch das imperium bey den Römern von der Jurisdiction wesentlich verschieden, indem einige Amtsverrichtungen der römischen Magistratspersonen zur Jurisdiction, andere zum Imperium gerechnet wurden [66]), welches besonders in dem Falle von grosser Wichtigkeit war, wenn eine Magistratsperson zwar Jurisdiction, aber kein eigentliches oder, daß ich so sage, eigenmächtiges Imperium hatte. Deßwegen sagt Paulus [67]): Ea, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, Magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus igitur municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandae causa iube-

re

64) Man vergleiche vorzüglich *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 3. D. de iurisdict. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 324. not. d.

65) *L.* 2. *D. h. t.* Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. Dieses erklärt sich aus *L.* 1. §. 1. *D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd.* Imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

66) *L.* 4. *D. h. t.* Iubere caveri Praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, *imperii magis est, quam iurisdictionis.*

67) *L.* 26. *D. ad municipal.* Diese Stelle ist aus PAULI *lib. I. ad Edictum* entlehnt, und giebt der in der vorigen Note angeführten *L.* 4. viel Licht.

re possidere, aut dotis servandae causa aut legatorum servandorum. Denn Municipalobrigkeiten hatten eigentlich kein imperium, sie gehörten zu den geringern Staatsbedienten. Paulus [68]) unterscheidet sie ganz deutlich von denjenigen Magistratspersonen, qui imperium potestatemque habent. Man gestattete ihnen zwar den Gerichtszwang, so weit derselbe zur Ausübung der Gerichtsbarkeit unmittelbar erfordert wird [69]), allein es war derselbe nicht nur sehr eingeschränkt [70]), sondern durfte auch nicht anders als mit Vorwissen und Auctorität des Präses der Provinz ausgeübt werden [71]). Bey solchen Obrigkeiten war also der Unterschied zwischen iurisdictio und imperium sehr wichtig, dahingegen bey

68) in *Recept. Sentent. Lib. V. Tit.* 5. *A.* §. 1.

69) Man sehe hier besonders *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. et municipior. cap. XIII. §. 2. et 5. und AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 4. n. 25 sqq.

70) *L. un. pr. D. Si quis ius dicenti non obtemp.* Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est, iurisdictionem suam defendere poenali iudicio. *Poenale iudicium* ist hier, wie *Ev.* OTTO a. a. O. pag. 464. diese Stelle am besten erklärt hat, von der actione personali in factum zu verstehen, quae rei vel petitoris contumacis adversario datur, non tantum in id, quod interest, sed quanti ea res est in iudicium deducta. *L.* 53. *D. de re iudic.* Hoc enim poenale iudicium, setzt er hinzu, ex quo poena actori applicatur, Duumviris concedere non licuit, qui ad certam tantam summam ius dicere poterant, sed solis maioribus Magistratibus, ad tuendum imperium, quod habebant. *L.* 12. §. 1. *D. de iudic.* Vid. quoque DUARENUS Lib. I. Disputat. anniv. cap. 50. HUBERUS in Eunom. ad h. L. et AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 4. n. 42.

71) PAULUS, *Sentent. Recept. lib. IV. Tit.* 4. §. 2. *L.* 11. *Cod. de pignor.* Westphal Erläut. der R. Gesetze vom Pfandrecht 3. Kap. §. 50. Not. 69. b)

ren, beweisen wenigstens ihre Meinung nicht [64]). Zwar konnte das imperium der Jurisdiction cohäriren, und war auch wirklich in gewisser Rücksicht von der letztern unzertrennbar, so weit es nämlich auf die Handhabung der Gerichtsbarkeit abzielte; daher sagt schon Javolenus [65]): wer die Gerichtsbarkeit hat, der hat auch in der Regel alle diejenige Gewalt, ohne welche die Gerichtsbarkeit nicht mit Nachdruck ausgeübt werden kann. Allein deßwegen war doch das imperium bey den Römern von der Jurisdiction wesentlich verschieden, indem einige Amtsverrichtungen der römischen Magistratspersonen zur Jurisdiction, andere zum Imperium gerechnet wurden [66]), welches besonders in dem Falle von grosser Wichtigkeit war, wenn eine Magistratsperson zwar Jurisdiction, aber kein eigentliches oder, daß ich so sage, eigenmächtiges Imperium hatte. Deßwegen sagt Paulus [67]): Ea, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, Magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus igitur municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandae causa iube-

re

64) Man vergleiche vorzüglich *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 3. D. de iurisdict. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 324. not. d.

65) *L.* 2. *D. h. t.* Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. Dieses erklärt sich aus *L.* 1. *§.* 1. *D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd.* Imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

66) *L.* 4. *D. h. t.* Iubere caveri Praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, *imperii magis est, quam iurisdictionis.*

67) *L.* 26. *D. ad municipal.* Diese Stelle ist aus PAULI *lib. I. ad Edictum* entlehnt, und giebt der in der vorigen Note angeführten *L.* 4. viel Licht.

re possidere, aut dotis servandae causa aut legatorum servandorum. Denn Municipalobrigkeiten hatten eigentlich kein imperium, sie gehörten zu den geringern Staatsbedienten. Paulus [68]) unterscheidet sie ganz deutlich von denjenigen Magistratspersonen, qui imperium potestatemque habent. Man gestattete ihnen zwar den Gerichtszwang, so weit derselbe zur Ausübung der Gerichtsbarkeit unmittelbar erfordert wird [69]), allein es war derselbe nicht nur sehr eingeschränkt [70]), sondern durfte auch nicht anders als mit Vorwissen und Auctorität des Präses der Provinz ausgeübt werden [71]). Bey solchen Obrigkeiten war also der Unterschied zwischen iurisdictio und imperium sehr wichtig, dahingegen bey

68) in *Recept. Sentent. Lib. V. Tit.* 5. *A.* §. 1.

69) Man sehe hier besonders *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. et municipior. cap. XIII. §. 2. et 5. und AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 4. n. 25 sqq.

70) *L. un. pr. D. Si quis ius dicenti non obtemp.* Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est, iurisdictionem suam defendere poenali iudicio. *Poenale iudicium* ist hier, wie *Ev.* OTTO a. a. O. pag. 464. diese Stelle am besten erklärt hat, von der actione personali in factum zu verstehen, quae rei vel petitoris contumacis adversario datur, non tantum in id, quod interest, sed quanti ea res est in iudicium deducta. *L.* 53. *D. de re iudic.* Hoc enim poenale iudicium, setzt er hinzu, ex quo poena actori applicatur, Duumviris concedere non licuit, qui ad certam tantam summam ius dicere poterant, sed solis maioribus Magistratibus, ad tuendum imperium, quod habebant. *L.* 12. §. 1. *D. de iudic.* Vid. quoque DUARENUS Lib. I. Disputat. anniv. cap. 50. HUBERUS in Eunom. ad h. L. et AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 4. n. 42.

71) PAULUS, *Sentent. Recept. lib. IV. Tit.* 4. §. 2. *L.* 11. *Cod. de pignor.* Westphal Erläut. der R. Gesetze vom Pfandrecht 3. Kap. §. 50. Not. 69. b)

ren, beweisen wenigstens ihre Meinung nicht [64]). Zwar konnte das imperium der Jurisdiction cohäriren, und war auch wirklich in gewisser Rücksicht von der letztern unzertrennbar, so weit es nämlich auf die Handhabung der Gerichtsbarkeit abzielte; daher sagt schon Javolenus [65]): wer die Gerichtsbarkeit hat, der hat auch in der Regel alle diejenige Gewalt, ohne welche die Gerichtsbarkeit nicht mit Nachdruck ausgeübt werden kann. Allein deßwegen war doch das imperium bey den Römern von der Jurisdiction wesentlich verschieden, indem einige Amtsverrichtungen der römischen Magistratspersonen zur Jurisdiction, andere zum Imperium gerechnet wurden [66]), welches besonders in dem Falle von grosser Wichtigkeit war, wenn eine Magistratsperson zwar Jurisdiction, aber kein eigentliches oder, daß ich so sage, eigenmächtiges Imperium hatte. Deßwegen sagt Paulus [67]): Ea, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, Magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus igitur municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandae causa iube-

re

64) Man vergleiche vorzüglich *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 3. D. de iurisdict. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 324. not. d.

65) *L.* 2. *D. h. t.* Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. Dieses erklärt sich aus *L.* 1. §. 1. *D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd.* Imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

66) *L.* 4. *D. h. t.* Iubere caveri Praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, *imperii magis est, quam iurisdictionis.*

67) *L.* 26. *D. ad municipal.* Diese Stelle ist aus PAULI *lib. I. ad Edictum* entlehnt, und giebt der in der vorigen Note angeführten *L.* 4. viel Licht.

re possidere, aut dotis servandae causa aut legatorum servandorum. Denn Municipalobrigkeiten hatten eigentlich kein imperium, sie gehörten zu den geringern Staatsbedienten. Paulus [68]) unterscheidet sie ganz deutlich von denjenigen Magistratspersonen, qui imperium potestatemque habent. Man gestattete ihnen zwar den Gerichtszwang, so weit derselbe zur Ausübung der Gerichtsbarkeit unmittelbar erfordert wird [69]), allein es war derselbe nicht nur sehr eingeschränkt [70]), sondern durfte auch nicht anders als mit Vorwissen und Auctorität des Präses der Provinz ausgeübt werden [71]). Bey solchen Obrigkeiten war also der Unterschied zwischen iurisdictio und imperium sehr wichtig, dahingegen bey

68) in *Recept. Sentent. Lib. V. Tit.* 5. *A.* §. 1.

69) Man sehe hier besonders *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. et municipior. cap. XIII. §. 2. et 5. und AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 4. n. 25 sqq.

70) *L. un. pr. D. Si quis ius dicenti non obtemp.* Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est, iurisdictionem suam defendere poenali iudicio. *Poenale iudicium* ist hier, wie *Ev.* OTTO a. a. O. pag. 464. diese Stelle am besten erklärt hat, von der actione personali in factum zu verstehen, quae rei vel petitoris contumacis adversario datur, non tantum in id, quod interest, sed quanti ea res est in iudicium deducta. *L.* 53. *D. de re iudic.* Hoc enim poenale iudicium, setzt er hinzu, ex quo poena actori applicatur, Duumviris concedere non licuit, qui ad certam tantam summam ius dicere poterant, sed solis maioribus Magistratibus, ad tuendum imperium, quod habebant. *L.* 12. §. 1. *D. de iudic.* Vid. quoque DUARENUS Lib. I. Disputat. anniv. cap. 50. HUBERUS in Eunom. ad h. L. et AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 4. n. 42.

71) PAULUS, *Sentent. Recept. lib. IV. Tit.* 4. §. 2. *L.* 11. *Cod. de pignor.* Westphal Erläut. der R. Gesetze vom Pfandrecht 3. Kap. §. 50. Not. 69. b)

ren, beweisen wenigstens ihre Meinung nicht [64]). Zwar konnte das imperium der Jurisdiction cohäriren, und war auch wirklich in gewisser Rücksicht von der letztern unzertrennbar, so weit es nämlich auf die Handhabung der Gerichtsbarkeit abzielte; daher sagt schon Javolenus [65]): wer die Gerichtsbarkeit hat, der hat auch in der Regel alle diejenige Gewalt, ohne welche die Gerichtsbarkeit nicht mit Nachdruck ausgeübt werden kann. Allein deßwegen war doch das imperium bey den Römern von der Jurisdiction wesentlich verschieden, indem einige Amtsverrichtungen der römischen Magistratspersonen zur Jurisdiction, andere zum Imperium gerechnet wurden [66]), welches besonders in dem Falle von grosser Wichtigkeit war, wenn eine Magistratsperson zwar Jurisdiction, aber kein eigentliches oder, daß ich so sage, eigenmächtiges Imperium hatte. Deßwegen sagt Paulus [67]): Ea, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, Magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus igitur municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandae causa iubere

64) Man vergleiche vorzüglich *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 3. D. de iurisdict. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 324. not. d.

65) *L. 2. D. h. t.* Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. Dieses erklärt sich aus *L. 1. §. 1. D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd.* Imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

66) *L. 4. D. h. t.* Iubere caveri Praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, *imperii magis est, quam iurisdictionis.*

67) *L. 26. D. ad municipal.* Diese Stelle ist aus PAULI *lib. I. ad Edictum* entlehnt, und giebt der in der vorigen Note angeführten *L. 4.* viel Licht.

re possidere, aut dotis servandae causa aut legatorum servandorum. Denn Municipalobrigkeiten hatten eigentlich kein imperium, sie gehörten zu den geringern Staatsbedienten. Paulus [68]) unterscheidet sie ganz deutlich von denjenigen Magistratspersonen, qui imperium potestatemque habent. Man gestattete ihnen zwar den Gerichtszwang, so weit derselbe zur Ausübung der Gerichtsbarkeit unmittelbar erfordert wird [69]), allein es war derselbe nicht nur sehr eingeschränkt [70]), sondern durfte auch nicht anders als mit Vorwissen und Auctorität des Präses der Provinz ausgeübt werden [71]). Bey solchen Obrigkeiten war also der Unterschied zwischen iurisdictio und imperium sehr wichtig, dahingegen bey

68) in *Recept. Sentent. Lib. V. Tit.* 5. *A.* §. 1.

69) Man sehe hier besonders *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. et municipior. cap. XIII. §. 2. et 5. und AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 4. n. 25 sqq.

70) *L. un. pr. D. Si quis ius dicenti non obtemp.* Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est, iurisdictionem suam defendere poenali iudicio. *Poenale iudicium* ist hier, wie *Ev.* OTTO a. a. O. pag. 464. diese Stelle am besten erklärt hat, von der actione personali in factum zu verstehen, quae rei vel petitoris contumacis adversario datur, non tantum in id, quod interest, sed quanti ea res est in iudicium deducta. *L.* 53. *D. de re iudic.* Hoc enim poenale iudicium, setzt er hinzu, ex quo poena actori applicatur, Duumviris concedere non licuit, qui ad certam tantam summam ius dicere poterant, sed solis maioribus Magistratibus, ad tuendum imperium, quod habebant. *L.* 12. §. 1. *D. de iudic.* Vid. quoque DUARENUS Lib. I. Disputat. anniv. cap. 50. HUBERUS in Eunom. ad h. L. et AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 4. n. 42.

71) PAULUS, *Sentent. Recept. lib. IV. Tit.* 4. §. 2. *L.* 11. *Cod. de pignor.* Westphal Erläut. der R. Gesetze vom Pfandrecht 3. Kap. §. 50. Not. 69. b)

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

für meine Zuhörer

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dritten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1792.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Lib. II. Tit. I.

De

Iurisdictione.

§. 184.

Begriff der Gerichtsbarkeit, insonderheit im engern Sinne des römischen Rechts.

Da die Gesetze, ihrer eigentlichen Natur und Absicht nach, nichts weiter als von dem, in den mannigfaltigen Verhältnissen des gesellschaftlichen Lebens platzgreifenden Rechte und Unrechte, die allgemeinen Regeln enthalten; so ist in einzelnen Fällen, da über das Mein und Dein entweder wirklich schon ein Streit entstanden, oder derselbe abgewendet werden soll [1]), rechtliche Bestimmung durch richterliches Urtheil um so mehr erforderlich, je weniger ausserdem der Zweck der bürgerlichen Gesellschaft zu erreichen stünde. Zu dem Ende ist nun im Staat eine öffentliche Gewalt festgesetzt, deren Wirksamkeit darin bestehet, die Gesetze auf die einzelnen Fälle mit Bestand anzuwenden, und nach Maasgabe derselben nicht nur über das Mein und Dein einzelner Partheyen vermittelst eines Urtheils das, was Recht

1) Daß ein dergleichen rechtliches Urtheil über das in Frage stehende Mein und Dein auch schon vor dem Falle darüber wirklich entstandener Streitigkeiten geschöpft werden, und daher in einer zur Abwendung derselben abzweckenden rechtlichen Bestimmung bestehen könne, beweißt die iurisdictio voluntaria, wovon unten bey §. 193. ein mehreres.

Recht oder Unrecht ist, zu bestimmen, sondern auch dasselbe vermittelst äusserlichen Zwanges zu handhaben. Eine solche im Staat festgesetzte bürgerliche Gewalt wird Gerichtsbarkeit, *Iurisdictio* im allgemeinen Sinne, und derjenige, welchem dieselbe vom Staat verliehen ist, eine obrigkeitliche Person, *Magistratus*, genennet [2]). Diese Gerichtsbarkeit wird nun entweder von dem Regenten im Staat selbst [3]), oder von andern ausgeübt. Im ersten Falle heißt sie Obergerichtsbarkeit (*Iurisdictio eminens*, *sublimis*, bey den Römern *Cognitio* [4]), der Landesfürst ist in dieser Rücksicht gleichsam als der oberste Richter seiner Unterthanen (Supremus Magistratus) anzusehen, und seine Rechtssprüche werden *Decreta Principis* in unsern Gesetzen genennt. Dieselben unterscheiden sich jedoch von den Entscheidungen anderer Richter darinn, daß sie die Kraft allgemein verbindlicher Gesetze haben [5]). Ich habe davon an

2) Die Lehre von der Jurisdiction überhaupt haben vorzüglich abgehandelt: *Io. Andr.* HANNESEN in Diss. de iurisdictione. *Goettingae* 1750. 4. und Friedr. Georg Aug. Lobethan Versuch einer systematischen Entwickelung der ganzen Lehre von der Gerichtsbarkeit der weltlichen sowohl als der kirchlichen. Halle 1775. 8. Unter den ältern Schriftstellern verdient auch noch *Matth.* STEPHANI Tract. de iurisdictione, qualemcunque habeant omnes iudices, tam seculares, quam ecclesiastici. *Francofurti* 1623. 4. angeführt zu werden. Die Schriften von der römischen und teutschen Jurisdiction werden an ihrem gehörigen Orte bemerkt werden.

3) *L.* 12. *Cod. de Legib.*

4) Bekannt sind des römischen Juristen PAULI *libri decretorum s. Imperialium Sententiarum in Cognitionibus prolatarum.* Man sehe auch SUETONIUS *in Claudio* cap. 15. Doch wird der Ausdruck *Iurisdictio* auch vom Kaiser selbst gebraucht. SUETON. in *Nerone* cap. 15. et in *Augusto* c. 33.

5) *L.* 12. *Cod. cit. de LL.*

an einem andern Orte dieses Commentars gehandelt [6]). Diese höchste Gerichtsbarkeit des Landesfürsten, welche sich mit Entscheidung der Justizsachen seiner Unterthanen, und Bestätigung ihrer Rechtshandlungen beschäftiget, macht, nach unserer heutigen Verfassung, einen Theil der gerichtlichen Gewalt des Landesherrn aus, und gehört zu den wesentlichen Landeshoheitsrechten [7]). Die weitere Ausführung dieser Lehre gehört jedoch ins Staatsrecht [8]). Im andern Falle, da die Gerichtsbarkeit nicht vom Regenten oder Landesherrn selbst, sondern vermöge seiner höchsten Concession von andern ausgeübt wird, pflegt man sie schlechtweg Gerichtsbarkeit (iurisdictio *simplex*) zu nennen, und diese ist der Gegenstand unserer Betrachtung. So wenig ich nun mit Titius [9]) dafür halte, daß das römische Recht in der Lehre von der Gerichtsbarkeit heutiges Tages keinen Gebrauch mehr habe, indem die tägliche Praxis das Gegentheil vor Augen legt [10]), so wichtig ist doch wegen

6) I. Th. S. 509. ff.

7) Schnaubert Anfangsgründe des Territorial-Staatsrechts §. 317. und 321.

8) Die davon handelnde Schriften sind in der Pütterschen Litteratur des StaatsR. 3. Th. §. 1158—1160. u. 1228. nachzusehen. Ich bemerke hier nur Joh. Jac. Moser von der Landeshoheit in Justizsachen. Frankf. u. Leipzig 1773. 4. und Sieber von der Macht der Reichsstände selbst Recht zu sprechen. Göttingen 1784.

9) in Iure privato Lib. VIII. Cap. X. §. 14. Man sehe dagegen COCCEJI Ius Civ. Controv. h. t. Qu. 29. und die gelehrte Anmerkung des Hrn. Prof. Emminghaus in der neuen Ausgabe des COCCEJI Tom. I. *Lipsiae* 1791. pag. 188. not. u.

10) S. Schnauberts Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. II. Th. N. II. §. 6. S. 112. ff.

der großen Verschiedenheit der römischen und teutschen Staatsverfassung der Unterschied zwischen der römischen und teutschen Gerichtsbarkeit, ohne dessen genaue Kenntniß Verwirrung in dieser wichtigen Lehre unvermeidlich ist [11]). Ich will nun zuerst von der römischen Gerichtsbarkeit [12]) handeln. Die Römer nahmen den Ausdruck IURISDICTIO hauptsächlich in zweyerley Bedeutung. Erstens im engern und eigentlichen Sinne des römischen Rechts, heißt IURISDICTIO nach dem Rechte der Pandecten, die einer obrigkeitlichen Person vermöge ihres Amts (iure magistratus) zustehende Befugniß, über streitige Privatrechtssachen sowohl selbst zu erkennen und Recht zu sprechen, als auch, wenn es auf die Untersuchung der Wahrheit

11) Von den Folgen des Mißbrauchs der römischen und teutschen Begriffe von der Jurisdiction ist neuerlich in einer Schrift sehr ausführlich gehandelt worden, welche den Titel hat: Einige Bemerkungen über den Einfluß der ältern Begriffe von der Gerichtsbarkeit auf heutige Sitten und Gesetze. Leipzig 1791. 8.

12) Die vorzüglichsten Schriften über die Lehre von der römischen Jurisdiction sind, ausser *Ger.* NOODT, welchen unser V. schon angeführet hat, *Ant.* GOVEANI adversus Eguinarium Baronem de imperio et iurisdictione Commentarii, *Lud.* CHARONDAE de iurisdictione et imperio libellus Paris. 1554. rec. *Halae* 1771. *Arn.* VINNII liber de eod. argumento. *Lugd. Batavor.* 1644. *Scip.* GENTILIS de iurisdictione libri III. *Francof.* 1613. 8. *Ant.* QUINTANADUEGNAS Tr. de iurisdictione et imperio apud MEERMANNUM *in Thes. iur. Rom. et Canon.* T. II. *Ios.* FINESTRES lib. de iurisdictione et imperio magistratuum tam urbanorum quam provincialium, *Cervariae Lacetanor.* und *Ge. Christ.* GEBAUERI Commentat. academ. de iurisdictione secundum doctrinam Romanor. eiusdemque doctrinae in Germania usu. Edit. 2da. *Lipsiae* 1733. 4.

heit einzelner Thatumstände ankommt, den Partheyen einen Richter zu bestellen [13]). Wir bemerken dabey folgendes.

I) Alle römische Gerichtsbarkeit in diesem strengen Sinne genommen, stand der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur als ein öffentliches Amt, mithin verwaltungsweise, zu. Sie war also immer nur ein obrigkeitliches Recht (ius magistratus [14]). Eine Gerichtsbarkeit, welche jemandem ohne Rücksicht eines öffentlichen Amtes erb- und eigenthümlich zustehen kann, war den Römern völlig unbekannt. Eine Bemerkung, die zu richtiger Anwendung der römischen Gesetze von der Jurisdiction von großer Wichtigkeit ist.

II) Die römische Gerichtsbarkeit im strengen Verstande gab nur ein Recht, streitige Civilrechtssachen zu untersuchen und zu entscheiden [15]). Denn dies ist der

13) In der *L.* 3. *D. h. t.* am Ende sagt Ulpian ganz ausdrücklich: Iurisdictio est etiam *iudicis dandi licentia*, und es ist kein hinreichender Grund vorhanden, diese Stelle mit *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. Lib. III. cap. I. pag. 202. für corrupt zu halten. Vid. HOTOMANNUS lib. VII. Observat. c. 16. WISSENBACH ad Pandect. h. t. §. 33. et *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. lib. II. cap. 7. pag. 221. seq. Daß auch schon zu den Zeiten der freyen Republik der Begriff von Jurisdiction blos auf streitige Privatrechtsachen eingeschränkt gewesen, bey Criminalsachen aber das Wort *quaestio* gebraucht worden sey, hat ERNESTI in Clavi Ciceroniana sub v. *Iurisdictio* aus vielen Stellen des Cicero deutlich erwiesen. Add. GRAEVIUS in Animadversion. ad *Sigonium* de iudiciis edit. Thomas. Tom. II. pag. 754.

14) *L.* 1. *pr. D. de officio eius, cui mandata est iurisd.*

15) *L.* 1. §. 9. *D. de op. novi nunciat.*

eigentliche Sinn des Ausdrucks *ius dicere*, Recht sprechen [16]). Gewöhnlich verfügte jedoch eine römische Magistratsperson nur dasjenige, was zur Einleitung des Processes gehörte; und bestellte alsdann, wenn die Entscheidung der Sache auf der Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatumstände beruhete, den Partheyen einen Judex. Dies war der ordentliche Rechtslauf (ius ordinarium). In gewissen Fällen aber mußte der Prätor selbst cognosciren, und den Ausspruch thun (decernere). Ein solches Verfahren hieß *cognitio extraordinaria*, wovon Lib. L. Tit. 13. der Pandecten nachzusehen. Die römische Jurisdiction im eigentlichen Sinne des Pandectenrechts äusserte sich daher besonders in decernendo et iudicis datione [17]). *Decernere* aber hieß, quoties magistratus ipse extra ordinem cognoscebat [18]). Man unterschied daher

III) von Iurisdictio das Recht einer römischen Magistratsperson, die bey Ausübung der Gerichtsbarkeit zu befolgende Rechtssätze durch öffentlichen Anschlag bekannt zu machen. Man siehet dieß aus den Worten des Edicts [19]): Si *quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa — in albo — propositum erit, dolo malo corruperit* u. s. w. Die Gewalt eines röm. Magistrats gieng soweit, daß er aus wichtigen Ursachen von der Regel des gemeinen Rechts abweichen, und durch seine Edicte ein neues Recht

16) Man vergleiche hier besonders *Franc.* DUARENUS in Disputat. Anniversar. Lib. I. cap. 53. und *Scip.* GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 28.

17) *Car.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 7. HEINECCIUS in Elem. iuris civ. sec. ordin. Pandectar. P. I. §. 244.

18) HEINECCIUS in Historia Edictorum pag. 318. not. b.

19) *L. 7. pr. D. h. t.* add. *L. 2. §. 10. D. de Or. Iur.*

Recht einführen konnte. Die verschiedenen Arten der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geben einen Beweis, daß er sogar etwas, so geschehen, für nicht geschehen, und etwas, was nicht geschehen ist, für geschehen annehmen konnte, wenn ihm dieses nöthig zu seyn schien, um einen unbilligen Verlust zu verhüten [20]). Dieses ius edicto magistratus constitutum wird in unsern Gesetzen zuweilen *forma iurisdictionis* genennt [21]).

IV) Die eigentliche Gerichtsbarkeit begrif nicht einmal den Gerichtszwang, um rechtskräftige Urtheile und gegebene Weisungen mit rechtlichen Zwangsmitteln zu vollstrecken, und durchzusetzen [22]). Dieser gehörte zum imperio und zwar mixto der höhern Magistratspersonen [23]), von welchem ich beym §. 187. handeln

20) *L.* 7. *D. de restitut. in int.* *L.* 1. *D. quod met. c. gest.* *L.* 1. *D. de dolo malo*, *L.* 1. §. 1. *D. de minorib.* *L.* 2. §. 1. *D. de cap. minut.* *L.* 1. §. 1. *D. Ex quib. caus. maior.* *L.* 1. pr. *D. de alienat. iud. mut. c. facta.*

21) *L.* 20. *pr. D. fam. erciſc.* *L.* 5. §. 1. *D. ut legator caus. caveat.* *L.* 1. *C. ubi in rem actio.* Conf. GENTILIS de iurisdictione Lib. I. cap. I. pag. 4.

22) *Ioſ.* AVERANIUS in Interpretat. iuris lib. I. cap. 4. HEINECCIUS in Elem. iuris civ. ſec. ord. Pandectar. P. I. §. 244. n. 5. et 6.

23) *L.* 5. §. 1. *D. de officio eius, cui man. eſt iurid.* Mandata *iurisdictione* privato, etiam *imperium*, quod non eſt merum, videtur mandari: *quia iurisdictio ſine modica coercitione nulla eſt.* COERCITIO iſt hier, wie *Scipio* GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 5. p. 13. ganz richtig ſagt, nichts anders, als *coactio et poteſtas iubendi atque exequendi.* Und dieſe Coercitio wird *modica* genennt, weil die zu Vollziehung rechtlicher Erkenntniſſe zu gebrauchende Zwangsmittel auf keine Leib- und Lebensſtrafen hinauslaufen, welche das Imperium merum

werde. Geringere, und Municipalobrigkeiten, die kein imperium hatten [24]), übten den Gerichtszwang vermöge einer besondern Concession aus, soweit er nicht dem imperio vorbehalten war [25]). Die Grenzen der eigentlichen Jurisdiction erstreckten sich daher nur bis zur Entscheidung des Richters. Diese war, wie Ulpian [26]) sich ausdrückt, gleichsam das extremum in iurisdictione, d. i. die letzte Handlung, mit welcher sich das gerichtliche Verfahren endigte, so weit es zur eigentlichen Jurisdiction gehörte. Die Vollziehung richterlicher Entscheidungen gebührte dem imperio der Magistratsperson.

V) Rechtliche Handlungen ausser dem Proceß, welche entweder von einer Obrigkeit selbst geschehen müssen, wie z. B. Bevormundung unmündiger Personen

begrif. Sehr deutlich unterscheidet auch ULPIANUS in *L.* 4. D *de Iurisd.* Imperium und Iurisdictio, wenn er sagt: *Iubere caveri praetoria stipulatione*, IMPERII *magis est quam* IURISDICTIONIS: welche Stelle MERILLIUS in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. vortreflich erläutert.

24) *L.* 32. *D. de Iniur. L.* 26. *D. ad Municipal.*

25) Man sehe hier vorzüglich *Em.* MERILLIUS in Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. III. und in Observat. lib. III. c. 37. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis primae Digestor. h. tit. §. 35. in EIUSDEM *Commentat. academ. ab* VHLIO *editis* Volum. IV. pag. 133. *Of.* AURELIUS in Variant. Cuiacii interpretat. Dispunct. 4. und *Ev.* OTTO in lib. sing. de Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 2. p. 444.

26) *L. un. §.* 1. *D. Si quis ius dicenti non obtemperav.* Conf. HEINECCIUS in Historia Edictor. pag. 301. not. e, wo es heißt: EXTREMUM IN IURISDICTIONE *non est exsequutio, quae iam mixti imperii pars habetur, sed sententia.*

nen [27]), oder nur die obrigkeitliche Bestätigung erfordern, wie z. E. Adoption, Emancipation, Manumission und dergleichen, lagen gleichfalls ausser der Sphäre der eigentlichen Jurisdiction. Die Befugniß zu dergleichen Gerichtshandlungen stand keiner Magistratsperson vermöge ihres Amts zu, sondern mußte ihr ausdrücklich und vermittelst einer besondern gesetzlichen Verordnung verliehen werden, und hieß alsdann LEGIS ACTIO [28]). Daher kommt die Redensart *magistratus, apud quem est legis actio* [29]), oder *qui habet legis actionem* [30]). Hier ist Legis actio eben das, was man in der Folge *iurisdictio voluntaria* [31]) nannte, d. i. wie

27) VLPIANUS *L. 6. §. 2. D. de Tutelis* sagt ausdrücklich: Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis: sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps.

28) GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 34. p. 146. *Io. Ern.* SCHROETER Diss. de iurisdictione in genere eiusque a legis actione et reliquo iudicis officio differentia iure Rom. *Erlangae* 1747. §. V. *Christ. Henr.* BREUNING Dubia circa varias legis actionum actuumque legitimorum interpretationes. *Lipsiae* 1775. § XI.

29) *L. 4. D. de adoption. L. 3. D. de Offic. Proconf. L. 1. D. de offic. Iurid. L. 1. Cod. de adoption.*

30) PAULUS *Sentent. Recept. lib. II. Tit. XXV.* §. 4. apud SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 317. Aus dieser Stelle erhellet übrigens, daß auch Municipalobrigkeiten legis actionem haben konnten.

31) Man siehet dieses aus der Vergleichung der *L. 2. et 3. D. de offic. Proconf.* ganz deutlich. Die Worte sind: Omnes Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent *iurisdictionem*, sed non contentiosam, sed *voluntariam*: ut ecce, manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi; et adoptiones fieri. Apud Legatum vero Proconsulis nemo manumittere

Breuning [32]) sehr gut erklärt hat, facultas, negotia quaedam legitima explicandi, non iure suo, sed ex speciali lege ac nominatim data concessione magistratui competens. Ganz unrichtig hingegen verstehet Ritter [33]) unter Legis actio die eigentliche Jurisdiction, welchen deßhalb Herr Oberappellations-Rath Höpfner [34]) gründlich widerlegt hat.

VI) Die eigentliche Jurisdiction erstreckte sich auch nicht auf Untersuchungen peinlicher Fälle. Diese nannten die Römer *quaestiones*, oder *cognitiones criminales*, auch *iudicia publica* [35]). Für diese wurden, seit der Einführung der quaestionum perpetuarum im Jahr der Erbauung Roms 605, gewisse Magistrate bestellet, welche man *Quaesitores* oder *Praetores quaestionum* nannte, und denen vermittelst besonderer Comitialgesetze, z. B. Lex L. Pisonis de pecuniis repetundis, ferner Leges Corneliae de falso, de sicariis et parricidio, Leges Iuliae de adulteriis, de vi, u. s. w. die Gewalt, über gewisse

mittere potest, quia non habet *iurisdictionem talem*. Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum *legis actio*.

32) cit. Dissertat. §. VI.

33) in Observat. ad HEINECCII histor. iuris Lib. I. Cap. III. §. 46. pag. 94.

34) S. Desselben Abhandlung von den Legis actionibus und actibus legitimis §. 5. Not. 5. Hinter dem Commentar über die Heineccischen Institutionen S. 906. der dritten Aufl.

35) Hier vergleiche man vorzüglich ERNESTI in Clavi Ciceron. v. *Quaestio*. *Lud. Godofr.* MADIHN Vicissitudines cognitionum criminalium apud Romanos usque ad Caesarum tempora. *Halae* 1772. §. XI. sqq. und *Frid.* SAXE Disp. de ordine iudiciorum publicorum apud Romanos. *Trajecti ad Rhenum* 1784. Cap. I.

gewisse bestimmte Criminalfälle, so oft sie vorkamen, Untersuchung anzustellen, und darüber zu richten, ein für allemal übertragen wurde. Eine solche Gewalt in peinlichen Fällen, vermöge welcher ein magistratus Verbrecher sogar am Leben strafen konnte, hieß *potestas gladii*, oder *imperium merum* [36]), und stand einer obrigkeitlichen Person nur vermöge einer besondern Concession zu, konnte auch nicht, wie Iurisdictio, mandirt, d. i. jemand anders überlassen werden. Hierher gehören folgende Stellen. ULPIANUS *lib.* 2. *de officio Quaestoris* [37]). Imperium aut merum aut mixtum est. *Merum* est *imperium*, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam *Potestas* appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest etc. Der Unterschied zwischen Jurisdiction und Imperium merum ist hier ganz evident. Ferner PAPINIANUS *lib. I. Quaestionum* [38]): Quaecunque specialiter Lege vel Senatusconsulto vel Constitutione Principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. Et ideo videntur errare *Magistratus*, qui cum *publici iudicii habeant exercitionem Lege vel Senatusconsulto delegatam* (veluti Legis Iuliae de adulteriis, et si quae sunt aliae similes) iurisdictionem

36) Daß das imperium merum auch geringere Strafen begrif, ist ausser Zweifel. Man vergleiche nur den *Tit. Dig. de poenis*, und MERILLIUS in Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 2. Allein auf Lebensstrafen mußte es sich erstrecken, denn dieß zeigt eigentlich die *gladii potestas* an. S. CORASII Miscellan. iur. civ. Lib. III. cap. 17.

37) *L.* 3. *D. de iurisdict.*

38) *L.* 1. *D. de officio eius, cui mandata est iurisdict.* Add. *L.* 6. *pr. D. de offic. Proconf. et legati.*

nem ſuam mandant. — Verius eſt enim, more maiorum *iurisdictionem* quidem transferri; ſed *merum imperium*, quod Lege datur, non poſſe tranſire. Quare nemo dicit, *animadverſionem* Legatum Proconſulis habere mandata *iurisdictione*. Von dieſem imperio mero wird bey dem §. 187. noch ein mehreres vorkommen. Endlich

VII) unterſchied man auch *Notio* und *Iurisdictio*. *Notio* hieß jede gerichtliche Erörterung einer ſtreitigen Privatrechtsſache [39]) und wurde nicht nur von den obrigkeitlichen Perſonen ſelbſt, welche Jurisdiction hatten, gebraucht, z. B. notio Praetoris [40]) notio Praeſidis [41]), ſondern auch von ſolchen Richtern, die keine eigentliche Jurisdiction hatten, und nur vom Prätor den Partheyen beſtellet wurden. Daher ſagt Ulpian [42]): NOTIONEM accipere poſſumus et cognitionem et iurisdictionem; und an einem andern Orte [43]) ſagt er: NOTIONIS nomen etiam ad eos per-

39) Vid. *Io.* GOEDDAEUS in Commentar. repet. praelect. in tit. XVI. libri L. Pandectar. de Verbor. et Rer. ſignificat. ad *L.* 99. *D. de V. S. Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco, Diſſ. XXXVIII. §. 6. pag. 317. Am ausführlichſten aber hat Ulrich Huber in Praelectionib. iur. Rom. et hodierni P. II. Tit. de iurisdictione §. 2. pag. 75. ſqq. den Unterſchied zwiſchen *Notio* und *Iurisdictio* gezeigt.

40) *L.* 8. §. 1. *D. de Transact. L.* 3. §. 3. *D. de lib. exhib.*

41) *L.* 10. *D. de offic. praeſid.* über dieſe Stelle vergleiche man *Ioſ.* FINESTRES in Hermogenian. Tom. I. pag. 415. Hierher gehört auch *L.* 1. §. 12. *D. ad SCtum Turpill.* NOTIO für Jurisdiction genommen, kommt ferner vor §. 1. *I. de eo, cui libertat. c. bona addic. L.* 5. §. 16. *D. ut in poſſeſſ. legator. L. ult.* §. 1. *D. de Obl. et Act.*

42) *L.* 99. *pr. D. de Verbor. Significat.*

43) *L.* 5. *pr. D. de re iudicat.*

pertinet, *qui iurisdictionem non habent*, ſed habent de quavis alia cauſa notionem. So viel zur Erläuterung des engern und eigentlichen Begrifs der Jurisdiction nach den Geſetzen der Pandekten. Allein die Römer nahmen das Wort *Iurisdictio* auch in einer ausgedehnteren Bedeutung für den ganzen Umfang der obrigkeitlichen oder richterlichen Gewalt. Denn nach dem Rechte des Codex hört der Unterſchied zwiſchen Magiſtrat und Judex auf, indem die obrigkeitlichen Perſonen angewieſen ſind, ſelbſt Recht zu ſprechen, und die Sache nicht erſt an einen Iudex pedaneus zu verweiſen [44]). Daher finden wir, daß die Geſetze oft zur Jurisdiction etwas rechnen, was ſie in der engern Bedeutung derſelben davon ſorgfältig unterſcheiden. In dieſer Rückſicht ſagt daher Ulpian [45]): Ius dicentis officium latiſſimum eſt: nam et bonorum poſſeſſionem dare poteſt, et in poſſeſſionem mittere, pupillis non habentibus tutores conſtituere, iudices litigantibus dare; und an einem andern Orte [46]): Cum pleniſſimam iurisdictionem Proconſul habeat,

44) *L. 2. Cod. de pedaneis iudicib.* Nur einige Fälle werden ausgenommen: ita tamen, ut, ſi vel propter occupationes publicas, vel propter cauſarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoſcere, iudices dandi habeant poteſtatem. Zu Juſtinians Zeiten muß aber die alte Citte, Iudices zu beſtellen, ganz aufgehört haben, denn im §. *ult. I. de Interdict.* ſagt Juſtinian, omnia iudicia hodie eſſe extraordinaria. Conf. *Io.* HOP. Diſſ. de iudicibus a Praetore et Provinciarum Rectoribus ad cauſas privatas diiudicandas dari ſolitis Cap. ult. in *Ger.* OELRICHS Theſ. novo Differt. Belgicar. Vol. I. Tom. II. p. 558. ſqq.

45) *L. 1. D. de iurisdict.*

46) *L. 7. §. 2. D. de off. Proconſ.* Vid. NOODT de iurisdict. et imperio lib. I. c. 1. und QUINTANADUEGNAS in Tr. de iurisd. et imperio lib. I. Tit. 2. n. 4.

habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi Magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent. Eben deswegen wird oft in unsern Gesetzen die nämliche Gerichtshandlung bald dem Imperium bald der Jurisdiction zugeschrieben. Z. B. Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand werden L. 26. D. ad municipalem zum Imperium gerechnet; in L. 4. §. 3. D. de damno infect. *L.* 1. §. 10. *D. de postul.* und L. ult. Cod. ubi et apud quem restitut. in integr. aber zur Jurisdiction. Mehrere Beyspiele hat Merillius [47]). Nicht weniger wird in jener weitläuftigen Bedeutung des Worts Iurisdictio dasjenige, was eigentlich zur Legis actio gehörte, der iurisdictioni voluntariae [48]), und, was dem imperio mero gebürte, der iurisdictioni criminali zugeeignet [49]). Auch hat es auf den ausgedehntern Begrif seine Beziehung, wenn die alten den ganzen Umfang der prätorischen Gerichtsbarkeit durch die

47) in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Digestor. h. t. §. 34. und in Iurisprud. vet. Antejust. p. 447.

48) *L.* 2. *et* 3. *D. de offic. Proconf.* Eben so wird die Cognition des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente *L.* 8. *pr. et §.* 18. *D. de Transact.* für eine Sache der Jurisdiction erklärt; weniger nicht die Ernennung der Vormünder in *L.* 3. *D. de postul.* und *L.* 3. §. 5. *D. iudicat. solvi* in die Sphäre der Gerichtsbarkeit gezogen. Eben dieses bestätigt auch die *L.* 3. *C. de confirm. tutore,* wenn man statt der gemeinen Leseart mit RUSSARDUS lieset: *alii ab eo, cuius iurisdictio est, dati sunt.* Conf. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 1.

49) *L.* 2. *Cod. de Veteranis, L.* 2. *Cod. de privileg. scholar.* Daß auch das Wort *Notio* sich auf peinliche Sachen erstreckt, beweißt *L.* 1. §. 4. *D. de off. praef. urb.*

die bekannten drey Worte DO, DICO, ADDICO ausdruckten, welche Heineccius am richtigsten erklärt hat [50]).

§. 185.

Begriff der teutschen Gerichtsbarkeit, und Unterschied derselben von der römischen.

Die teutsche Gerichtsbarkeit [51]) unterscheidet sich in mehr als einer Rücksicht von jener römischen Jurisdiction. Denn a) kann diese Gerichtsbarkeit sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen, welchem sie zustehet, als ein öffentliches Amt seyn. Dahingegen die römische Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur immer verwaltungsweise zustand. b) Die teutsche Gerichtsbarkeit umfaßt nicht nur die Untersuchung und Entscheidung der Rechtsfälle, sondern auch den Gerichtszwang [52]), d. i. die Anwendung der nöthi-

50) in Historia Edictor. Lib. I. cap. 6. §. 8. 9. et 10. pag. 83. sqq.

51) *Ueber* die teutsche Gerichtsbarkeit haben vorzüglich geschrieben *Christ.* THOMASIUS in Diss. de iurisdictione et magistratuum differentia secundum mores Germanorum. *Halae* 1703. rec. 1714. *Frid. Es.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica liber. *Lemgoviae* 1742. et 1786. 8. Joh. Leonh. Hauschild Gerichtsverfassung der Teutschen. Leipzig 1741. C. Ph. Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und civil Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen. Th. 1. u. 2. Cassel 1769 und 1771. 4. auch Lobethan in dem oben angeführten Buche 2. Abschnitt.

52) Daher bedeutet Gerichtszwang zuweilen die Gerichtsbarkeit selbst. Z. B. in den Reichsabschieden von 1548. 1551. und 1577. Man sehe D. Joh. Christ. Konr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen. II. Band (Halle 1786. 8.) S. 45. folg.

nöthigen Zwangsmittel zur Vollziehung rechtskräftiger Erkenntnisse, und was die Römer zum imperio mixto rechneten [53]). c) Ist nach der heutigen Gerichtsverfassung dasjenige ordentlicher Weise mit jeder bürgerlichen Gerichtsbarkeit verbunden, und bedarf keiner besondern Concession, was bey den Römern einer Magistratsperson vermöge ihres Amts nicht zustand, sondern ihr vermittelst einer besondern gesetzlichen Verordnung aufgetragen werden mußte [54]). So z. B. kann nach teutschen Rechten ein jeder ordentlicher Richter, welcher Jurisdiction hat, vermöge derselben Vormünder bestellen, und andere nicht streitige Privatrechtshandlungen bestätigen [55]). Kurz die sogenannte iurisdictio voluntaria, welche bey den Römern von eigenen Aufträgen abhieng, ist heut zu Tage ein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit [56]).

Ends

53) Vid. PUFFENDORF de iurisd. germ. P. I. Cap. I. §. 2. et II. Cap. III. §. 2.

54) THOMASIUS in Scholiis ad *Huberi* Praelection. ad Dig. Tit. de Iurisdict. §. 4. sagt: *Moribus Germaniae, secundum quos Iurisdictionis laxior natura est, omnia fere illa, quae olim speciali lege concedebantur, Magistratui iure magistratus competunt, tanquam necessarium connexum. Hinc hodie tutoris datio, decreti interpositio omni illi competit, qui ordinariam Iurisdictionem habet, quod in specie, quoad tutoris dationem, approbatum per* Ordin. Polit. de Ann. 1548. Tit. 31. §. 1. Add. STRYK Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 21. et *Sam. de* COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. IV.

55) PUFFENDORF de iurisd. germ. P. II. Sect. IV. cap. un. §. 11. sqq. pag. 523.

56) *Pet.* MÜLLER ad Struvium h. t. Th. LXXI. not. *a*. LAUTERBACH in Colleg. theor. pr. Pandectar. h. t. §. 7. und Claproth in der theoret. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen (Prim. lin. Iurispr. Extraiud. theor. pract.) §. 13. auch Ebenderselbe im ordentl. bürgerl. Proceß I. Theil §. 15. not. e.

Endlich d) ist es heutiges Tages auch eine bekannte Sache, daß kein richterliches Amt an sich mehr mit der gesetzgebenden Gewalt verbunden ist, wie zur Zeit der römischen Prätoren, indem vielmehr alle gesetzgebende Macht in den Händen des Landesfürsten sich befindet. Kein Richter ist demnach befugt, ein neues Recht einzuführen, sondern vielmehr schuldig, nach den Gesetzen zu sprechen.

Solchemnach ist also die heutige oder teutsche Gerichtsbarkeit, von welcher wir hier im Privatrechte reden, eine öffentliche, das ist, vom Landesherrn verliehene Gewalt, nicht nur streitige Rechtssachen auf vorgängige Erörterung nach den Gesetzen zu entscheiden, und das Erkenntniß vermittelst äusserlichen Zwanges zu vollziehen, sondern auch nicht streitige Rechtshandlungen durch öffentlichen Glauben zu befestigen, oder denselben durch gerichtliche Bestätigung eine Gültigkeit zu verschaffen [57]). Ich habe hier noch zweyerley zu bemerken.

I) Es giebt Rechte, welche zuweilen der teutschen Gerichtsbarkeit zu coexistiren pflegen, als das Abzugsrecht, das Recht, erblose Güter zu occupiren, das ius retorsionis, das Recht, besondere Steuern einzufordern.

57) Die angesehensten Rechtslehrer kommen hierinn mit einander überein. So z. B. sagt SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestorum h. t. §. 8. Est IURISDICTIO Germanis *facultas a superiore concessa, de causis cuiuscunque generis, quae auctoritatem vel decisionem iudicis expectant, pro imperio statuendi.* Add. SELCHOW in Elem. iur. germ. privati hod. §. 659. EISENHART Institut. iur. germ. priv. Lib. IV. Tit. I. §. 1.

dern ꝛc. Allein diese Rechte gehören auf keine Weise zur teutschen Gerichtsbarkeit, und kommen daher keiner Gerichtsherrschaft, als solcher, zu, in sofern sie nicht besondere Privilegien, oder das Herkommen für sich haben sollte, wenn gleich verschiedene Rechtslehrer aus unrichtigen Begriffen des meri imperii bey den Römern das ganze Ius fisci dem Gerichtsherrn zueignen wollen [58]).

II) Die teutsche Gerichtsbarkeit hat auch dieses besondere, daß zuweilen nicht alles, was dem Begriffe nach zu derselben gehört, dabey anzutreffen ist. Sie begreift z. B. zuweilen blos die gerichtliche Cognition, nicht aber die Decision, oder nur die Untersuchung und Entscheidung, aber nicht die Execution, oder blos die Vollstreckung der von andern Richtern gesprochenen Urtheile [59]). Es ist jedoch dieses immer nur eine unvollkommene Gerichtsbarkeit, wenn mit der Untersuchung streitiger Rechtsfälle nicht auch zugleich die Entscheidung und Vollstreckung derselben verbunden ist. Daher ist eine solche unvollständige Gerichtsbarkeit im Zweifel niemals zu vermuthen, vielmehr ist so lange zu glauben, daß alle Gerichtsbarkeit vollkommen sey, und diejenigen Stücke,

58) Man vergleiche AYRER de iure occupandi bona vacantia, *G. L.* BOEHMER de iure fisci civitatum mediatar. Jargow Lehre von Regalien II. Buch. Kap. 6. §. 2. Meister im peinl. Proceß S. 507—518. Struben rechtl. Bedenken II. Th. Bed. 74. *Ge.* ENGELBRECHT de iurisdictione super. s. alta et inferiori s. bassa sec. mores Germanor. Sect. II. Membr. I. §. 12. und der Verfasser der Bemerkungen über den Einfluß der ältern Begriffe von der Gerichtsbarkeit auf heutige Sitten und Gesetze S. 46.

59) Vid. STRYK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 9. et 10. et *Mich. Godofr.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. P. I. h. t. §. 30. pag. 85.

Stücke, welche vermöge des Begriffs dazu gehören, in sich fasse, bis nicht aus den Gesetzen oder Gewohnheiten und Verträgen ein anderes erhellet [60]).

§. 186—188.

Von der Eintheilung des *imperii* in *merum* und *mixtum* bey den Römern. Erläuterung der *L.* 3. *D. de iurisdict.*

Nach dem heutigen ausgedehntern Begriffe von der Gerichtsbarkeit macht also der Gerichtszwang oder das Vollstreckungsrecht der Regel nach ein Stück der ordentlichen Gerichtsbarkeit aus. Denn was würden alle richterliche Erkenntnisse und Verfügungen helfen, wenn nicht der Richter das Ansehen derselben durch Zwang- und Strafmittel zu vertheidigen im Stande wäre. Schon in den römischen Gesetzen wird daher gesagt: quod iurisdictio sine modica coercitione nulla (i. e. sine effectu) sit [61]). Demohngeachtet aber sahen doch die Römer den Gerichtszwang nicht für einen Theil der Jurisdiction an, sondern unterschieden ihn von derselben genau, und rechneten solchen zum *Imperium* eines magistratus. Noodt [62]) und Westenberg [63]) irren daher, wenn sie glauben, daß Iurisdictio und imperium nur den Namen nach unterschieden, in der That aber einerley gewesen. Die Gesetzstellen, die sie für sich anführen,

60) STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 7. PUFFENDORF de iurisdict. germ. P. II. Sect. IV. cap. un. §. 5. pag. 521. Lobethan Lehre von der Gerichtsbarkeit II. Abschn. §. 1. not. b. S. 18.

61) *L. ult. §. 1. D. de offic. eius, cui mand. est iurisdict.*

62) de iurisdict. et imperio lib. I. cap. 2.

63) in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 9. et 10.

ren, beweisen wenigstens ihre Meinung nicht [64]). Zwar konnte das imperium der Jurisdiction cohäriren, und war auch wirklich in gewisser Rücksicht von der letztern unzertrennbar, so weit es nämlich auf die Handhabung der Gerichtsbarkeit abzielte; daher sagt schon Javolenus [65]): wer die Gerichtsbarkeit hat, der hat auch in der Regel alle diejenige Gewalt, ohne welche die Gerichtsbarkeit nicht mit Nachdruck ausgeübt werden kann. Allein deßwegen war doch das imperium bey den Römern von der Jurisdiction wesentlich verschieden, indem einige Amtsverrichtungen der römischen Magistratspersonen zur Jurisdiction, andere zum Imperium gerechnet wurden [66]), welches besonders in dem Falle von grosser Wichtigkeit war, wenn eine Magistratsperson zwar Jurisdiction, aber kein eigentliches oder, daß ich so sage, eigenmächtiges Imperium hatte. Deßwegen sagt Paulus [67]): Ea, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, Magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus igitur municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandae causa iubere

64) Man vergleiche vorzüglich *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 3. D. de iurisdict. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 324. not. d.

65) *L. 2. D. h. t.* Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. Dieses erklärt sich aus *L. 1. §. 1. D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd.* Imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

66) *L. 4. D. h. t.* Iubere caveri Praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, *imperii magis est, quam iurisdictionis.*

67) L. 26. D. *ad municipal.* Diese Stelle ist aus PAULI *lib. I. ad Edictum* entlehnt, und giebt der in der vorigen Note angeführten *L.* 4. viel Licht.

re possidere, aut dotis servandae causa aut legatorum servandorum. Denn Municipalobrigkeiten hatten eigentlich kein imperium, sie gehörten zu den geringern Staatsbedienten. Paulus [68]) unterscheidet sie ganz deutlich von denjenigen Magistratspersonen, qui imperium potestatemque habent. Man gestattete ihnen zwar den Gerichtszwang, so weit derselbe zur Ausübung der Gerichtsbarkeit unmittelbar erfordert wird [69]), allein es war derselbe nicht nur sehr eingeschränkt [70]), sondern durfte auch nicht anders als mit Vorwissen und Auctorität des Präses der Provinz ausgeübt werden [71]). Bey solchen Obrigkeiten war also der Unterschied zwischen iurisdictio und imperium sehr wichtig, dahingegen bey

68) in *Recept. Sentent. Lib. V. Tit.* 5. *A.* §. 1.

69) Man sehe hier besonders *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. et municipior. cap. XIII. §. 2. et 5. und AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 4. n. 25 sqq.

70) *L. un. pr. D. Si quis ius dicenti non obtemp.* Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est, iurisdictionem suam defendere poenali iudicio. *Poenale iudicium* ist hier, wie *Ev.* OTTO a. a. O. pag. 464. diese Stelle am besten erklärt hat, von der actione personali in factum zu verstehen, quae rei vel petitoris contumacis adversario datur, non tantum in id, quod interest, sed quanti ea res est in iudicium deducta. *L.* 53. *D. de re iudic.* Hoc enim poenale iudicium, setzt er hinzu, ex quo poena actori applicatur, Duumviris concedere non licuit, qui ad certam tantam summam ius dicere poterant, sed solis maioribus Magistratibus, ad tuendum imperium, quod habebant. *L.* 12. §. 1. *D. de iudic.* Vid. quoque DUARENUS Lib. I. Disputat. anniv. cap. 50. HUBERUS in Eunom. ad h. L. et AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 4. n. 42.

71) PAULUS, *Sentent. Recept. lib. IV. Tit.* 4. §. 2. *L.* 11. *Cod. de pignor.* Westphal Erläut. der R. Gesetze vom Pfandrecht 3. Kap. §. 50. Not. 69. b)

höhern Staatsbedienten, welche more maiorum das imperium hatten, wie z. B. die Consuln, Prätoren, Präfecti, Präsides und Proconsuln der Provinzen [72]), weniger darauf ankam, ob man dies oder jenes Amtsgeschäft zur Jurisdiction oder Imperium rechnen wollte [73]). Und nur dieß ist Ursache, warum zuweilen die römischen Juristen Imperium und Iurisdictio für Eins zu halten scheinen [74]).

Dieses vorausgesetzt, wollen wir nun das imperium magistratuum Romanorum und dessen Eintheilung in merum et mixtum, nach Anleitung unsers Verfassers, noch etwas genauer betrachten.

Imperium überhaupt hieß bey den Römern die eminente Gewalt einer höhern Magistratsperson, vermöge welcher dieselbe nicht nur mit Nachdruck etwas gebieten, oder verbieten, sondern auch die Ungehorsamen züchtigen, und die Verbrecher strafen konnte [75]). Es wird aber auch dieses Wort zuweilen für den vermöge obrigkeits-

72) *L.* 2. *D. de in ius voc.*

73) S. MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. lection. lib. II. cap. 7. pag. 219 sqq.

74) *L.* 7. §. 14. *D. de pact.* verglichen mit *L.* 1. §. 9. *D. de novi op. nunciat. L.* 13. §. 4. *D. ad SC. Treb. L.* 7. *in fin. L.* 8. 9. *pr. D. de off. Proc. L.* 215. *D. de V. S. L.* 3. *D. h. t.* vergl. mit *L.* 12. §. 1. *D. de iudic. L.* 26. *pr.* §. 1. *D. ad municipal.* vergl. mit *L.* 16. §. *ult. D. de minorib.* §. 1. *I. de adopt.* vergl. mit *L.* 2. *D. de off. Proc.*

75) *L.* 14. et 53. *D. de re iudic. L.* 4. *D. de recept. arbitr. L.* 214. *et* 215. *D. de Verb. Signif. L.* 199. *D. de Reg. Iur. L.* 5. §. 1. *D. de off. eius, cui mand. e. iurisd. L.* 1. *et* 2. *C. Si in cauſ. iudicati pignus capt. ſit.* Conf. *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS in not. ad COCCEJI ius civ. controv. Tom. I. h. t. pag. 160. not. nn.

keitlicher Amtsgewalt ertheilten Befehl selbst genommen [76]). Daß nur die höhern Staatsbedienten ein eigentliches imperium gehabt, und dieses sich vorzüglich durch das Recht ausgezeichnet habe, zur Vollstreckung obrigkeitlicher Befehle Lictoren zu gebrauchen, und Ungehorsame ins Gefängniß führen zu lassen, bestätigen Ulpian [77]) und Gellius [78]). Geringere Magistrate, welche sine imperio waren, konnten zuweilen prehensionem haben, wie es Gellius [79]) nennt, aber niemals vocationem, denn sie hatten keine Lictoren, sondern nur viatores, oft auch nicht einmal diese [80]). Dieses

76) *L. 7. D. ne quid in loco publ. vel itinere fiat.*

77) *L. 2. D. de in ius voc.* In ius vocari non oportet neque Consulem, neque Praefectum, neque Praetorem, neque Proconsulem, neque caeteros Magistratus, qui *imperium* habent, qui coërcere aliquem possunt, et *iubere in carcerem duci.*

78) *Noct. Attic. lib. XIII. cap.* 12. In Magistratu habent alii *vocationem*, alii *prehensionem*, alii neutrum. *Vocationem*, ut Consules et caeteri, *qui habent imperium*. *Prehensionem*, ut Tribuni plebis, et alii, qui habent viatorem. Neque vocationem, neque prehensionem, ut Quaestores, et caeteri, qui neque lictorem habent, neque viatorem. Qui vocationem habent, iidem et prehendere, et tenere, et abducere possunt. Man vergleiche hier *Car.* SIGONIUS de antiquo iure provinciar. Lib. III. cap. 5. Tom. II. de antiq. iur. Pop. Rom. p. 291. edit. *Thomas.*

79) a. a. O.

80) Zur Erläuterung jener Stelle des Gellius will ich ein paar Worte aus HEINECCII Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. syntagm. Lib. IV. Tit. 6. §. 5. hier anführen: VOCATIO *ius vocandi prehendendique absentes*, PREHENSIO *autem ius abducendi praesentes complectebatur. Vnde, qui vocatione gaudebant, lictoribus, viatoribus, servisque publicis; qui prehensione duntaxat, ut tribuni plebis, viatoribus tantum*

Imperium der römischen Magistratspersonen theilte sich nun in *merum* und *mixtum*. Von beyden giebt Ulpian [81]) folgenden Begriff: *Merum* est *imperium*, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines [82]), quod etiam *Potestas* appellatur. *Mixtum* est *imperium*, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Die Rechtsgelehrten haben bey Erklärung dieser Stelle viele Schwierigkeiten gefunden. Daher die Meinungen derselben darüber, was eigentlich unter dem imperio mero und mixto zu verstehen sey, sehr verschieden sind. Nach der gewöhnlichen Vorstellungsart soll *merum imperium* eben dasjenige seyn, was wir heutiges Tages die Criminalgerichtsbarkeit nennen [83]). Das Wort *merum* bedeute

tum cum servis publicis utebantur. Qui neutro iure fruebantur, veluti quaestores, ii servis tantum publicis stipati prodibant in publicum, et tunc non imperium, sed potestatem habere dicebantur. Conf. *Car.* SIGONIUS de antiquo iure civ. Rom. lib. I. cap. 20.

81) *L. 3. D. de iurisdict.*

82) Haloander will *in facinorosos homines* lesen, weil animadvertere aliquem nicht gut Latein sey. Ihn folgt auch BESTIUS de Ratione emendandi Leg. pag. 168. Allein die gemeine Lesart vertheidigen BYNKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. VIII. cap. 25. num. 5. und MARCKART Interpretat. receptar. Iur. Civ. lection. lib. II. cap. 7. pag. 215.

83) S. NOODT de iurisd. et imp. Lib. I. cap. 4. GEBAUER de iurisdict. Cap. I. §. 4. et 5. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 11. sqq. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 17. *Io. Phil.* HAHN Opinion. iuridic. Class. I. Opin. 10. *Osius* AURELIUS Tr. de variant. Cujacii interpretat. Disp. 3. bey OTTO *in Thes. iur. Rom.* T. III. p. 699. *Pet.* MARTRESIUS in aliquot ICtor. responsa not. cap. 3. bey MEERMANN in Thes. iur. Rom. et Canon. T. VI. p. 724. u. a. m.

deute also hier soviel als acre, vehemens, summum. *Imperium mixtum* hingegen heiße soviel als mite, temperatum, lene, und bestehe in dem Rechte einer Magistratsperson, welche die Jurisdiction hat, ihre Sentenzen und Amtsaussprüche zu vollstrecken [84]). Andere [85]) hingegen verwerfen diese Erklärung, und behaupten, daß das Recht, Verbrecher zu strafen, nur ein Stück oder Wirkung des imperii meri gewesen, nicht daß das ganze merum imperium darinn bestanden habe, so wie das Recht, Sentenzen in Civilsachen zu vollstrecken, ebenfalls nur ein Stück des imperii mixti gewesen, nicht aber das Ganze darinn bestanden habe. Diese Rechtsgelehrten weichen jedoch in ihren Begriffen wieder sehr von einander ab. Johann Lüder Albrecht [86]) unterscheidet ein dreyfaches imperium, nämlich *summum, merum* und *mixtum*. SUMMUM, sagt er, est *summa in imperio potestas cum iure gladii*. Ein solches hätten die Praefecti Praetorio, und der Praefectus urbi gehabt. MERUM hingegen sey *summa in provincia potestas cum iure gladii coniuncta*; dergleichen die Proconsules und Praesides gehabt. Zur Erläuterung der Idee des Ulpians macht er zwey sehr feine Bemerkungen. a) Ulpian sage nicht: *Merum imperium* est gladii potestas, sondern: est *habere* gladii potestatem. Denn das Wort

84) COCCEJI c. l. Qu. 5. und EMMINGHAUS in not. ad Eundem, not. nn. pag. 160.

85) MENCKEN Pr. merum imperium iurisdictionem crim. non esse, in *Opusculis* Halae 1770. 8. N. XIV. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1235. Emminghaus in Notis ad Cocceji ius civ. controv. h. t. n. z. pag. 174. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 328.

86) in Disp. de mero imperio. *Lipsiae* 1751. §. VIII. sqq.

habere werde von einer solchen Gewalt gesagt, die durch eine besondere Concession ertheilet worden sey. Daß Ulpian diese Idee wirklich gehabt, gebe er *libro I. de officio Proconsulis* an zwey Orten deutlich zu erkennen, wo er die potestatem gladii des Proconsuls eine potestatem *datam* nennt [87]). b) Ulpian habe das merum imperium nicht materialiter durch gladii potestatem beschreiben wollen, gleichsam als wenn darinn das merum imperium nur allein bestehe, daß eine solche Magistratsperson, welcher dasselbe übertragen worden, habe am Leben strafen können. Nein, sondern er nenne es eine potestatem gladii von dem Symbol, mittelst welchem diese Gewalt vom Kaiser pflegte ertheilet zu werden. Eine Meinung, die auch schon *Iac.* GOTHOFREDUS gehabt [88]). Der Sinn von Ulpians Begriff sey also dieser: *Merum imperium* est beneficio et gladio tradito data potestas, ut facinorosi homines etiam ultimo supplicio animadverti possint. Endlich das *imperium* MIXTUM hält er für die Jurisdiction selbst, und behauptet, daß diese Benennung von den römischen Rechtsgelehrten sey erfunden worden, um die Jurisdiction der höhern Magistratspersonen von der Notio der Municipalobrigkeiten zu unterscheiden, welche mit keinem eigentlichen imperio verknüpft war, sondern von besondern Aufträgen des Präses in der Provinz abhieng [89]). Ich übergehe die Meinungen anderer Rechtsgelehrten, weil dadurch diese ohnedem schon dunkle Materie nur noch

87) *L.* 6. *pr. D. de off. Procons. L.* 70. *D. de Reg. Iur.*

88) in Commentar. ad L. un. Cod. Theodos. ne sine iussu Princip. certis iudicib. liceat confiscare. Tom. III. lib. IX. Tit. 41.

89) *L.* 4. *§* 3. *D. de damno infecto:* Duas ergo res Magistratibus municipalibus Praetor vel Praeses iniunxit, cautionem et possessionem; caetera suae iurisdictioni reservavit.

noch ungewisser und zweifelhafter gemacht wird. Mich dünkt, daß noch immer diejenigen die sicherste Bahn betreten haben, welche sich an die Worte Ulpians halten, und unter dem IMPERIUM MIXTUM eine solche obrigkeitliche Gewalt verstehen, welche mit der Jurisdiction verknüpft war, und die der Obrigkeit, welche die Gerichtsbarkeit hatte, zur Handhabung derselben, iure magistratus zustand; IMPERIUM MERUM aber von einer solchen Gewalt erklären, welche einer Obrigkeit iure magistratus nicht zustand, sondern derselben durch ein ausdrückliches Gesetz verliehen werden mußte, vermittelst welcher dieselbe nicht nur Verbrecher strafen, sondern sogar Todesstrafen verfügen konnte [90]). Beydes war auf eine doppelte Art unterschieden. Erstens das *imperium mixtum* übte die Obrigkeit, welche die Jurisdiction hatte, suo iure aus, sie war eine Gewalt, welche, wie Papinian [91]) sich ausdrückt, der Jurisdiction cohärirte; übertrug daher eine höhere Obrigkeit ihre Jurisdiction einer andern, so gieng auch das imperium mixtum auf den Stellvertreter über, so weit es sich die Obrigkeit nicht vorbehielt. Allein das *imperium merum* war von der Jurisdiction ganz abgesondert, hieng von besonderer Concession ab, und durfte daher von der Obrigkeit, der es war verliehen worden, keinem andern

90) Conf. CUIACIUS Observat. lib. XXI. cap. 30. DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 53. *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. Tom. I. ad h. L. 3. D. de iurisdict. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 1. *Ulr.* HUBER in Praelectionib. iuris Rom. P. II. h. t. de imperio pag. 85. sqq. HEINECCIUS in Elem. iur. civ. sec. ord. Pandectar. P. I. §. 255. sqq. u. a. m.

91) *L. 1. in fin. D. de off. eius, cui mend. e. iurisdict.* Imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

andern aufgetragen werden [92]). Es war Sitte der römischen Kaiser, ein solches imperium durch das Symbol eines Schwerds zu ertheilen [93]). Den Nachrichten des Dio Cassius [94]) zufolge durften daher nur solche Obrigkeiten einen Degen tragen, denen das Recht über Leben und Tod zustand, andere nicht; und ihre Chargen hießen davon *honores iuris gladii* [95]). Befahl der Kaiser einer solchen obrigkeitlichen Person, den Degen abzulegen, so war dieß ein Zeichen ihrer Cassation [96]). Zweytens das *imperium mixtum* zeigte sich hauptsächlich in Civilsachen wirksam. Für dieses gehörten Einsetzungen

92) *L. 6. pr. D. de off. Proc.*

93) STATIUS lib. V. *Sylvar.* cap. 2. *ad Crispinum* v. 176. wo es heißt:

Felix, qui magno iam nunc sub PRAESIDE *iuras*,
CUIQUE sacer primum TRADIT Germanicus ENSEM:

d. i. wie es *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. un. Cod. Theod. ne sine iussu Princip. certis iudicibus liceat confiscare. Tom. III. pag. 351. richtig erklärt, *iturum in Provinciam Praesidem sub Caesare iurasse, eique gladium traditum ad animadvertendum in facinorosos homines.* Add. GREGORIUS NAZIANZENUS Epist. 65. *ad Africanum Provinc. Rector.* Praeses, sive incruentum gerat imperium, ut nos, sive id, quod gladium et lorum iunctum habet. Conf. PANCIROLLUS variar. lection. iuris utriusq. Lib. I. cap. 11. vorzüglich aber *Ios.* AVERANIUS cit. loco n. 10. et sqq. deßgleichen *Ulr.* HUBER in praelectionib. iur. Rom. h. t. *de imperio* §. 4. pag. 88. und *Ev.* OTTO de Aedilib. Coloniar. et Municipior. Cap. XIII. pag. 458.

94) *Histor. Rom.* Lib. 53. Vid. AVERANIUS c. l. n. 10. p. 3.

95) LAMPRIDIUS in *Alexandro Severo* cap. 49. Honores iuris gladii nunquam vendi passus est.

96) PLUTARCHUS in *Galba:* Τιγελλίνῳ, τῷ συνάρχοντι προσέταξεν ἀποθέσθαι τὸ ξίφος, Tigellino collegae imperavit, ut gladium deponeret.

gen in Besitz und vorigen Stand [97]), Cautionsleistungen [98]), Vollstreckung aller Rechtssprüche, die aus obrigkeitlicher Gewalt geschahen, und der rechtskräftigen Entscheidungen anderer Richter [99]), Verfügung leichter Strafen gegen Ungehorsame, so wie sie der Gerichtszwang erforderte, Geld, [100]) oder Gefängnißstrafen [1]), ausser der Ordnung auch Bestrafung geringer Vergehungen, so weit die Cognition derselben vor den Civilrichter gezogen werden konnte [2]). Dem *imperio mero* hingegen waren alle peinliche Strafen vorbehalten, vorzüglich aber Lebensstrafen [3]). Die Obrigkeit, welche das imperium merum hatte, cognoscirte jedoch nicht selbst, sondern mußte

97) L. 4. D. *de iurisd.* L. 4. §. 1. D. *de off. eius, cui mand. est iurisdict.* L. 26. D. *ad Municipalem.*

98) L. 4. D. *de damno inf.* L. 4. §. 1. D. *de off. eius, cui mand. e. iurisd.*

99) L. 15. D. *de re iudicata.*

100) L. *un.* D. *Si quis ius dicenti non obtemperav.* L. 131. §. 1. D. *de Verbor. signif.* Schon Lex Atteria Tarpeia von Jahr der Erb. Roms 300. gab den Magistratspersonen das Recht, den Verächtern ihres Ansehens Geldbusen aufzulegen. DIONYS. Lib. X. *Antiquitat. Rom.* cap. 50.

1) L. 2. *pr.* D. *de in ius voc.*

2) L. 4. *pr.* D. *de off. eius, cui mand. e. iurisd.* L. 1. §. 4. D. *de aleator.* POLLETUS in Histor. fori Rom. Lib. V. cap. 14. pag. 524. *de* BOEHMER in Meditat. in Const. Crim. Car. Art. X. §. 2. pag. 60. Diesem sind die L. 8. §. 9. L. 35. D. L. 6. *et* 23. *Cod. de poenis* nicht entgegen, denn darinn wird blos die Verurtheilung zu einem ewigen Gefängniß verbothen. S. *Ant.* MATTHAEI de Criminibus ad lib. XLVIII. Tit. 18. Dig. de poenis n. 13. pag. 764.

3) L. 6, §. 8. D. *de off. Praesid.* L. 6. §. 2. D. *de poenis.*

mußte die Untersuchung andern Richtern überlassen [4]). Sie selbst war eigentlich nur Präsident des peinlichen Gerichts, dirigirte den Criminalproceß, und ertheilte sodann die Befehle, zur Vollstreckung der dem Verbrecher zuerkannten peinlichen Strafe [5]).

Uebrigens muß ich noch anmerken, daß das imperium merum nicht bey allen Obrigkeiten, denen solches zustand, von einerley Umfange war. Man sollte zwar denken, wer Todesstrafen zu verfügen, berechtiget ist, muß auch wohl geringere auflegen dürfen. Allein der Schluß a maiori ad minus galt hier nicht. Alles kam auf den lex concessionis an. So z. B. war das merum

4) Man vergleiche hier vorzüglich *Lud. Ged.* MADIHN Vicissitudines cognition. criminal. apud Rom. usq. ad Caesarum tempora. §. XV. et XVI.

5) Eine Stelle aus POLLETI Histor. for. Rom. Lib. III. cap. I. pag. 202. sqq. wird dieses am besten erläutern können: *Sunt multi*, sagt dieser gelehrte Alterthumsforscher, *qui cum cognoscendi et disquirendi potestatem habeant*, IMPERIUM *tamen non habent, ut sunt* IUDICES *in publicis quaestionibus Praetore praesidente: nam ut cognoscunt, sententiamque tabella conceptam ferunt tantum, ita* PRAETOR *in iisdem iudiciis nullam iurisdictionem habet, sed* MERUM *nudumque* IMPERIUM, *ut numerum Iudicum ineat, sortes ducat, Iudices citet, contumaces mulctet, tempora clepsydrarum praescribat, Iudices in consilium mittat, sortes eductas numeret, et collato numero pro maiore pronunciet, quae plane meri sunt imperii, et a iurisdictione seiuncti. — Itaque* ULPIANI *verba in* L 3. D. *de Iurisdict.* MERUM IMPERIUM *est habere gladii potestatem non definitio sunt, sed paradigma, tanquam interiiciendа esset particula* UT, *quae exemplorum index est: Merum imperium est, ut habere gladii potestatem: Merum enim imperium amplius et latius est gladii potestate, cum extendatur ad ea, quaecunque citra causae cognitionem expediuntur.*

merum imperium des Präses einer Provinz nicht von demjenigen Umfange, wie dasjenige, so der Praefectus urbi, und die Praefecti praetorio ausübten. Denn diese letztern hatten das Recht der Einziehung der Güter, und der Deportation [6]); die Praesides hingegen, ob sie gleich das ius gladii hatten, durften dennoch ohne besondere Genehmigung des Kaisers weder eine Deportation noch Confiscation verfügen [7]). Ein Umstand, der auf die Gültigkeit des Testaments eines verurtheilten Bürgers einen wichtigen Einfluß hatte. Denn wenn das Urtheil noch einer Bestätigung des Kaisers bedurfte, so gieng die Wirkung desselben erst von Zeit der Bestätigung an. Starb daher der Verurtheilte noch vor erfolgter Bestätigung, so war sein Testament oder Vermächtniß noch gültig [8]). Auch im Verhältniß gegen die Praetores quaestionum war die Criminalgewalt der Praefectorum viel uneingeschränkter [9]). Denn jene waren an die Strafe der Gesetze gebunden; von ihnen galt,

6) L. *un. Cod. Theod. ne sine iussu Principis certis iudicibus liceat confiscare*, L. 2. §. 1. D. *de poenis.*

7) L. *un. Cod. Th. cit.* L. 6. §. 1. D. *de Interdict. et relegat.*

8) L. 6. §. 7. D. *de iniusto, rupt. irrito testam.* L. 1. §. 3. *et* 4. D. *de legat.* 3. Conf. Westphal Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 890. S. 664. und Derselbe in der hermenevt. systematischen Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen I. Th. 2. Kap. §. 28. S. 30.

9) Von dem Unterschiede der Prätoren und Praefectorum in Ansehung der ihnen zustehenden Criminalgewalt handelt sehr ausführlich *Ant.* SCHULTING in der eleganten Dissertat. de Recusatione iudicis Cap. VII. §. 3. in EIUSDEM *Commentat. academ. Halae* 1770. 8. editis Vol. I. pag. 100.

galt, was Papinian [10]) sagt: *Facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis; poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed Legis auctoritati reservatur* [11]). Allein die Praefecti urbi und praetorio durften aus wichtigen Ursachen von der Strafe der Gesetze abweichen, und eine andere, entweder härtere oder gelindere Strafe verfügen, nachdem es die Umstände mit sich brachten. Von diesen ist Ulpian [12]) zu verstehen, wenn er sagt: *Hodie* [13]) *licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult, sententiam ferre, vel graviorem vel leviorem: ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat.*

§. 189.

10) L. 1. §. 4. D. *ad SCtum Turpill.* L. 15. *pr. D. ad municipalem.* Paulus schrieb daher noch zu seiner Zeit ein ganzes Buch *de poenis omnium Legum*, woraus L. 2. D. *ad SCtum Turpill.* und L. *ult. D. de L. Pompeia de parricid.* genommen sind.

11) Auf diese Praetores quaestionum beziehen sich auch die Worte des Paulus *L. 8. D. de publicis iudic.* Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, *durante tamen poena Legum*, cum extra ordinem crimina probantur.

12) L. 13. *D. de poenis.*

13) Ulpian schrieb dieses unter Antoninus Caracalla. Denn an einem andern Orte nennt er diesen Kaiser Imperatorem nostrum Antoninum, L. 5. §. 3. *D. de appellat. recip. vel non*, welche Stelle ebenfalls, wie die angeführte L. 13. *D. de poen.* aus Desselben Büchern *de Appellationibus* genommen ist. Daß Ulpian unter dem Imperatore ANTONINO, den er *nostrum* nennt, keinen andern als den Antoninus Caracalla verstanden habe, haben schon längst BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Antoninus Imp.* und *Ez.* SPANHEMIUS in Orbe Rom. Exercit. II. cap. 4. erwiesen.

§. 189.

Einige allgemeine Grundsätze von der Gerichtsbarkeit.

Nach Entwickelung des Begriffs von der Gerichtsbarkeit, wollen wir nunmehr nach Anleitung unsers Verfassers einige allgemeine Grundsätze von derselben vortragen.

I) Alle Gerichtsbarkeit, man betrachte sie entweder nach römischer oder teutscher Verfassung, ist als ein Ausfluß der höchsten Gewalt anzusehen, und Niemand darf sich derselben anmassen, der solche nicht entweder durch ausdrückliche oder stillschweigende Verwilligung des Regenten erhalten hat. So wenig dieser Satz nach dem römischen Rechte einem gegründeten Widerspruche ausgesetzt seyn dürfte [14]); so viel Bedenklichkeit finden einige neuere Rechtsgelehrten dabey in Absicht der teutschen Verfassung. Sie glauben, man werde in unauflößliche Schwierigkeiten verwickelt,

14) Ziegler in seiner Dicastice Concl. X. §. 13. S. 147. sagt: *Leges civiles tale delictum, quo quis iurisdictionem sibi arrogat, ad laesae maiestatis crimen referunt, uti disertus habetur textus in* L. 3. D. ad L. Iul. Maiest. *quo teneri hac lege dicitur, quando privatus pro potestate Magistratuve quid sciens dolo malo gesserit.* Dolo malo, *inquit, i. e. animo sibi usurpandi iurisdictionem. Cumque iurisdictio omnis, tum quoad originem suam, tum quoad latitudinem, tum denique quoad totum suum esse et operari, a maiestate dependeat, et nunquam sine eius, qui summum imperium tenet, tacito vel expresso consensu alicui competere possit, facile hinc patet, etiam extra legem civilem, iniquum et iniurium esse in maiestatem, qui iurisdictionem ab illa non petit, neque ei acceptam refert.*

ckelt, wenn man in unserm teutschen Vaterlande die höchste Gewalt für die einzige Quelle aller Gerichtsbarkeit annehmen wollte. Man will daher vielmehr die heutige Gerichtsbarkeit aus einer doppelten Quelle herleiten, erstens aus dem Rechte der Oberherrschaft, und zweytens aus dem Rechte des freyen Eigenthums [15]). Aus letzterm sollen die Eigengerichte entstanden seyn, welche das Recht enthielten, sein Eigenthum zu handhaben, die dazu gehörige Dienstpflichtige und Leibeigene zu ihrer Gebühr, auch mit Zwange, anzuhalten, zu pfänden, zu besetzen, und zu entsetzen. Allein, mich dünkt, man verwechsele hier Dienstzwang des Eigenthumsherrn, wovon ich an einem andern Orte dieses Commentars [16]) gehandelt habe, mit der eigentlichen Gerichtsbarkeit. Ein Gedanke, den auch schon der berühmte Herr Canzler von Selchow [17]) gehabt hat. Die Geschichte der teutschen Gerichtsverfassung lehrt zum wenigsten auf eine unwidersprechliche Art, daß vor Entstehung der Landeshoheit der Grundsatz in Teutschland allgemein herrschend

15) Diese doppelte Quelle der teutschen Gerichtsbarkeit nehmen vorzüglich an Kopp in der ausführl. Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. und Civilgerichte in Hessen-Cassel. Landen, 1. Theil 3. Stück 6. Abth. §. 275. S. 349. ff. Freyh. v. Senkenberg in der Abh. von der kaiserlichen Gerichtsbarkeit in Teutschland §. 1. u. 2. SCHILTER und MEINDERS de curiis dominicalibus; ferner der Verfasser der Gedanken von dem ächten Begriff und Grunde der Unmittelbarkeit und Territorialgerechtigkeit in vermischten Reichslanden (Frankfurt u. Leipzig 1786. 8.) §. 9. S. 80. ff. auch Herr Hofr. Runde in den Grundsätzen des allgemeinen teutschen Privatrechts (Göttingen 1791.) §. 702. S. 554. f.

16) im II. Theil §. 120. N. V. S. 139.

17) in Elem. iuris germ. privatihod. §. 290.

schend gewesen: Der Kaiser sey die Quelle und das Haupt aller Gerichtsbarkeit, und von ihm komme auch alle richterliche Gewalt der Reichsstände her [18]). Das alemannische Landrecht [19]) sagt dieses ausdrücklich, und in dem noch ältern sächsischen Landrechte [20]) wird nicht nur die Gerichtsbarkeit der Stände für ein vom Kaiser ertheiltes Lehn ausdrücklich erklärt, sondern auch das Recht des Kaisers, die Gerichtsbarkeit in den Provinzen der Stände neben diesen auszuüben, behauptet. Es war eine allgemeine Rechtsparömie: wo der Kaiser hinkommt, da steht ihm das Recht offen. Kam dieser daher selbst in die Provinzen, so hörte unterdessen die richterliche Gewalt des Fürsten oder Grafen auf, so lange derselbe gegenwärtig war [21]). Den eigenthümli-

18) Man vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Dr. Bieners Diss. de iurisdictione ordinaria et exemta. Lipsiae 1777. Cap. I. §. 4—9. und Hrn. Prof. Klübers Versuch über die Geschichte der Gerichtslehen. Erlangen 1785. gr. 8.

19) Kap. 41. Merk ein ander Kapitel von den Laienfürsten, daß sämtliche Laienfürsten das Recht haben, daß sie Hoff gebieten für sich selbst. Das Recht haben sie von den Künigen.

20) III. Buch Art. 52. Den König wählt man, sind die Worte desselben, zum Richter über eigen und über Leben und über eines jeglichen Mannes Leib (also in Civil- Lehns- und Criminalsachen). Der Kaiser mag aber in allen Landen nicht geseyn, noch auch alle Ungericht richten zu aller Zeit, und darumb so leihet er den Fürsten Fahnlehen und Grafschaften, und den Grafen ihre Schultheißthumb, daß sie und die Schultheissen mögen fortrichten an seiner Statt.

21) Sachsenspiegel II. Buch. Art. 58. III. B. Art. 60. Schwabenspiegel P. I. c. 13. Kochs Anmerkungen

chen Gütern des niedern Adels klebte keine Gerichtsbarkeit an. Es ist vielmehr nichts gewisser, als daß derselbe sammt seinen Leibeigenen und Meyer-Leuten vor den gräflichen Gerichten Recht genommen habe. Struben[22], der ehemals auch mit andern des niedern Adels Gerichtsbarkeit von der herrschaftlichen Gewalt desselben über seine Leibeigenen herleitete, ist in der Folge ganz vom Gegentheile überzeugt worden, und hat aus Urkunden deutlich erwiesen, wie dieser Adel durch besondere Concessionen seine Knechte und Meyer-Leute von der Gewalt der ordentlichen Richter befreyet, und die erb- und eigenthümliche Gerichtsbarkeit über selbige erlanget habe. Die Kaiser behielten sich jedoch gemeiniglich den Blutbann allein vor[23], und wenn sie solchen auch hin und wieder ansehnlichen Reichsständen und Klöstern überließen, so geschah es doch nur unter verschiedenen Einschränkungen[24]. Merkwürdig ist es, daß bey der Belehnung mit dem Blutbanne der Kaiser dem Vasallen eine rothe Fahne zu überreichen pflegte, welche man die Blutfahne oder das Bluts

von den Westphäl. Gerichten S. 11. 20. u. 21. GUDENUS Cod. diplom. T. I. p. 417.

22) Nebenstunden V. Theil 34. Abh. §. 1. 2. u. 3.

23) Man nennte daher die peinliche Gerichtsbarkeit den Königsbann, weil man das Recht, über Leben und Tod zu richten, niemand als dem König zuschrieb. Wer, nach dem Ausdruck der alten Urkunden, über das Blut richten wollte, mußte von dem König ausdrücklich dazu authorisirt seyn. Das Verzeichniß alter Wörter, welches dem sächsischen Weichbild beygefügt ist, sagt von dem Königsbanne, daß es sey eine solche Gewalt oder Zwang, als der König selbst hat, zu richten Halß und Haupt.

24) S. Bubers Vorrede *de cura et cautione, quam in concedendo banno sanguinis adhibuerunt reges nostri* vor Engelbrecht de servitutibus iuris publici.

Blutbannier nennte, und als Symbol der Blutbannsbelehnung betrachtete [25]). Wer nicht mit dem Blutbanne belehnt war, mußte gestatten, daß ihm ein Blutrichter in seinem Lande von dem Kaiser oder dessen Stellvertreter gesetzt ward, wenn er nicht etwa durch besondere kaiserliche Vergünstigung das Recht erhalten hatte, den Blutrichter in seinem Lande selbst zu ernennen. Indeß mußte auch dieser dem Kaiser zur Belehnung präsentiret werden. Denn es war allgemeiner Grundsatz des mittlern Alters: der Kaiser sey oberster Blutrichter, und wer die peinliche Gerichtsbarkeit ausüben will, müsse solche aus dessen Hand, oder von dessen Statthalter empfangen haben [26]). Nachdem jedoch die Reichsstände zu dem völligen Besitze der Landeshoheit gelangt waren, hielten sie es nicht mehr für nöthig, die Gerichtsbarkeit von dem Kaiser besonders zu Lehn zu nehmen [27]). Sie betrachteten solche nun als einen Ausfluß der Landeshoheit, die ihnen ohne besondere kaiserliche Belehnung gebührte, und die sie nach eigener Willkühr, entweder in Person oder durch besondere Collegien und Richter, ausüben dürften [28]). Eben so wenig bemühten sie sich von

25) J. J. Reinhard von der Blutfahne bey teutschen Reichsbelehnungen in Schotts jurist. Wochenblatt II. Jahrgang Nr. 24.

26) Klüber a. a. O. Seite 57.

27) Bernh. Gottl. Huldr. Hellfeld Versuch einer Geschichte der landesherrl. höchsten Gerichtsbarkeit; Sieber von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn selbst Recht zu sprechen.

28) Wenn gleich der Gerichtsbarkeit in den kaiserlichen Lehenbriefen noch häufig unter den Formeln: mit hohen und niedern Gerichten — mit allen Gerichten — *cum omnibus iurisdictionibus* gedacht ward, so hielten die Stände

dieser Zeit an den Blutbann vom Kaiser durch besondere Concessionen und Belehnungen zu erlangen, und dadurch diesen für den obersten Blutrichter, von welchem alle peinliche Gerichtsbarkeit herkomme, zu erkennen. Es ist erweißlich, daß unmittelbare Reichsritter auf ihren Rittergütern die Gerichtsbarkeit, selbst den Blutbann nicht ausgenommen, eben so frühzeitig als die Reichsstände, theils eigenthümlich, theils als Lehn, erlangt haben. Daher, nach den Begriffen unsers heutigen Staatsrechts, die rechtliche Vermuthung allerdings für sie streitet [29]). Die Gerichtsbarkeit in den Territorien ward nun durchgehends entweder im Namen, oder aus Verleihung der Landesherren verwaltet, und dem Kaiser ward eben so wenig Antheil an deren Ausübung verstattet, als seine persönliche Gegenwart die Gerichte, welche in den Territorien

Stände solches doch mehr für eine unnöthige Beybehaltung der ehemaligen, vor Entstehung der Landeshoheit bey Belehnungen üblichen, Formeln, als für etwas wesentliches. S. BUDER de feudo iurisdictionis §. 3. Klüber a. a. O. S. 64.

29) (Spittlers) vermischte Betrachtungen über den Blutbann der unmittelbaren freyen Reichsritterschaft in Schwaben. 1783. 8. und in Maders reichsritterschaftl. Magazin III. Bande. Joh. Ge. Kerners allgemeines positives Staats-Landrecht der unmittelbaren freyen Reichsritterschaft II. Abschn. 3. Hauptst. §. 70. Dieser ist jedoch in Ansehung der Criminalgewalt der Reichsritter §. 75. S. 256. anderer Meinung. „Will sich ein Reichsritter, so sind die Worte desselben, die Criminalgewalt auf seinem Territorium anmassen, so muß er deßwegen einen speciellen Erwerbungsgrund anführen und darthun können, daß ihm oder seinen Vorfahren dieselbe entweder unmittelbar von dem Kaiser, oder einem andern rechtmäßigen Besitzer überlassen worden." Allein Hr. Prof. Klüber a. a. O. S. 77. u. 78. hat durch eine Menge Beyspiele das Gegentheil dargethan.

torien von den Landesherren oder von denjenigen, die von diesen die Macht hiezu erhalten hatten, angeordnet waren, ausser Activität setzte. Finden sich auch nach dieser Zeit noch Beyspiele von besondern kaiserlichen Belehnungen mit der Gerichtsbarkeit, so betreffen sie doch entweder nur solche Reichslehen, oder unmittelbare Güter, denen die Landeshoheit noch nicht in ihrem ganzen Umfange anklebte, deren Besitzer also zur Ausübung der Gerichtsbarkeit, vorzüglich der peinlichen, einer ausdrücklichen kaiserlichen Concession oder Belehnung bedurften, oder sie sind blos auf Richterämter, und auf die Gerichtspflege in gewissen unmittelbaren Districten und Gütern gerichtet, ohne mit dem Besitze der letztern verbunden zu seyn [30]). Seitdem also die Reichsstände ihre Hoheitsrechte nicht nur kannten, sondern auch sich im Stande sahen, die Ausübung derselben in ihrem ganzen Umfange zu behaupten, so fiengen sie nun häufig an, ihren Landständen, vorzüglich dem Adel, den Landstädten und Gemeinheiten in ihren Ländern die Gerichtsbarkeit, entweder als Lehn, oder als ein ganz eigenthümliches Recht zu ertheilen. Sie versagten aus oberstrichterlicher Landesherrlicher Gewalt allen und jeden den Besitz der Gerichtsbarkeit, die solche nicht durch ihre stillschweigende oder ausdrückliche Verwilligung erhalten hatten, und erlaubten den Gebrauch derselben nur soweit, als solcher von ihnen durch Verträge, Concessionen, Belehnungen, Privilegien, Herkommen oder Besitz seit unvordenklichen Zeiten war erlangt worden [31]). Insonderheit aber gin-

30) Klüber a. a. O. S. 88.

31) Manche einzelne Fälle, wo in den Provinzen theils ein Recht des Kaisers, theils ein Recht benachbarter Reichsstände gewisse Gerichtslehen zu ertheilen sich erhalten hat, müssen

gen die Landesherren mit Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit sehr sorgfältig um. Nur den ansehnlichsten ihrer Landstände ward solche durch Belehnung oder Privilegien zu Theil, und auch dann oft unter mancherley Einschränkungen [32]). In vielen Ländern hatte man in dieser Absicht sogar eine dreyfache Eintheilung der Gerichtsbarkeit, in hohe, mittlere und niedere eingeführt [33]). Die hohe Gerichtsbarkeit begriff das Gericht über Hals und Hand, die mittlere geringe Frevel, und die niedere oder geringste (siedestes Gericht) das Gericht über Schulden unter sich [34]). Dem landsäßigen Adel ward noch im funfzehnten Jahrhunderte die peinliche Gerichtsbarkeit äusserst selten von den Landesherren, weder durch Belehnung noch auf andere Art, überlassen [35]). Beweiß genug, wie wenig der Besitz eigenthümlicher Güter oder die Eigenthumsgewalt in Teutschland jemahlen ein Recht zur Ausübung der Gerichtsbarkeit gegeben habe.

II) Wenn also der Regent die erste Quelle der Gerichtsbarkeit im Staat ist, so hängt es

müssen als Ausnahmen betrachtet werden, die durch das Herkommen bestätigt sind. S. Klüber S. 113. u. 132. Doch ist in diesen Fällen die Jurisdiction der Landeshoheit des Territorial-Herrn unstreitig subordinirt. S. Hrn. Hofr. Schnaubert's Reichsländisches Staatsrecht §. 321. Not. **** S. 214.

32) S. BUDERI Diss. de modis acquisitae a civitatibus Germ. mediatis iurisdictionis crim. *Ienae* 1749.

33) PUFFENDORF de iurisdictione german. P. I. Cap. I. §. 13. pag. 10. sq. HALTAUS Glossar. pag. 666. sq.

34) PUFFENDORF de iurisd. germanica P. III. Sect. II. cap. 5. pag. 713. sqq.

35) Klüber a. a. O. Seite 114. folg.

es auch von seinem Willen ab, Bestimmungen zu machen, wodurch andern entweder die Verwaltung derselben an seiner Statt aufgetragen, oder die Befugniß, sie auszuüben, und für deren Verwaltung Sorge zu tragen, als ein eigenthümliches Recht, und zwar entweder ausschliessend (privative) oder mitwirkend (cumulative) überlassen wird. Zwar ist es streitig, was in einem zweifelhaften Falle zu behaupten sey. Wenn indessen die Gerichtsbarkeit jemand lehnsweise oder als ein ganz eigenthümliches Recht vom Landesherrn ertheilet worden ist, und letzterer sich die Concurrenz zur Ausübung derselben nicht ausdrücklich vorbehalten hat, so ist im Zweifel allerdings anzunehmen, daß der Landesherr die Jurisdiction demjenigen, welchem sie auf jene Art verliehen worden ist, ganz allein (privative) zu der Ausübung habe überlassen wollen, welche dem Staatswohl unnachtheilig bleibt. Hierin stimmen nicht nur die meisten Rechtsgelehrten mit einander überein [36]), sondern diese Meynung hat auch die

36) COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 20. *de* BERGER Respons. ex omni iure P. II. Resp. 20. 56. MOELLER Us. pract. distinction. feudal. Cap. IX. Dist. 3. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 625. Ebenderselbe in dem Tractat: Ariadne iurisdiction. concurrent. Cap. VIII. n. 3. von Buri Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts 3te Fortsetz. S. 672. folgg. Hr. Geh. JustizR. BOEHMER Princip. iur. feud. §. 65. Hr. Hofr. Schnaubert Erläuterung des in Teutschl. üblichen Lehnrechts 1. B. 1. Abschn. 3. Kap. §. 65. S. 110. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 334. Anderer Meinung sind einige ältere Rechtsgelehrten, als *Casp.* LEIPOLD in Diss. de concurrentia iurisdictionis in imp. Rom. Germ. Quaest. IX. sqq. (in Christ. Leonh. Leucht Tractatib. academ. de iurisdictione

Analogie des Rechts für sich. Denn unstreitig ist die Reservation einer Concurrenz bey einer unbedingten Verleihung, dergleichen hier vorausgesetzet wird, eine res facti, und kann eben daher, wenn nicht vermöge des besondern Staatsrechts in concreto ein anderes anzunehmen, nicht vermuthet, sondern muß von dem, der solche behauptet, bewiesen werden. Sodann ist auch hier der Landesherr wohl ohne Zweifel derjenige, welcher deutlicher und weniger zweifelhaft hätte reden sollen, da er ein Recht verlangt, so von der Regel des gemeinen Rechts ganz abweicht, und an sich schon durch den Begriff des dem Erwerber aus der ihm geschehenen Verleihung zuständigen entweder völligen oder nutzbaren Eigenthums ausgeschlossen wird. Folglich wird auch gegen ihn, nach der bekannten Rechtsregel: *interpretatio contra eum facienda est, qui clarius loqui debuisset*, billig die Erklärung gemacht werden müssen [37]).

III) Es sey jedoch die Gerichtsbarkeit verliehen, oder erworben, auf welche Art, oder durch welchen Titel sie wolle, so ist doch die geschehene Concession nie anders, als mit Subordination gegen den Landesherrn zu ver-

S. 508. ff.) *Christ. Phil.* RICHTER in Diss. de iurisdictione Sect. IX. concluf. 2. und *Dav.* MEVIUS in Decision. P. I. decis. 44. P. II. decis. 313.

37) *I. H.* BOEHMER Diss. de interpretatione contra eum faciendo, qui clarius loqui debuisset occas. L. 39. D. de pactis. *Halae* 1767. Man sehe auch A. S. P. Semlers Abhandlung über das Hoheitsrechts-Lehn §. 15. In dem Archiv für die theor. u. prakt. Rechtsgelehrsamkeit herausgegeben von Hagemann und Günther 3. Theil N. V. S. 179. f.

verstehen [38]). Denn da die Gerichtsbarkeit zu den wesentlichen Hoheitsrechten gehört, so kann sich der Regent derselben nicht ganz und gar begeben; sondern die privative Concession derselben wirkt nur so viel, daß demjenigen, welchem die Gerichtsbarkeit verliehen worden ist, nicht zu nahe getreten werden darf, wenn er dieselbe in dem Maaße ausübt, wie es dem Ueberlassungsvertrage und den dabey gemachten Bestimmungen gemäß, auch dem Wohl des Staats nicht entgegen ist. Vermöge dieser Subordination bleibt daher dem Landesherrn die höchste Oberaufsicht, damit der Staat, oder ein einzelner District desselben von der Ausübung der verliehenen Gerichtsbarkeit keinen Nachtheil habe, vielmehr das Wohl desselben dadurch befördert werde. Daher finden Provocationen an den Landesherrn, oder desselben obere Instanz, auch Querelen über nichtiges und gesetzwidriges Verfahren des Richters, nicht weniger über Verzögerung der Justiz statt. In solchen Fällen übt der Landesherr die Jurisdiction selbst aus, und ändert durch seine Verfügungen oder Urtheilssprüche dasjenige ab, was den Gesetzen nicht gemäß geschehen ist. Es hat auch keinen Zweifel, daß ein dem Staat gefährlicher Misbrauch den völligen Verlust der verliehenen Gerichtsbarkeit nach sich ziehen könne [39]).

VI) Kei-

38) COCCEJI Iur. civ. contr. c. l. EMMINGHAUS ad Eundem not. d. pag. 177. *Ge. Melch. de* LUDOLF Observat. for. P. I. Obs. 108. Meister vom peinl. Processe 3. Th. 1. Abschn. Hauptst. 11. §. 26. Hr. Hofr. Schnaubert a. a. O. §. 64. S. 108. folg. Hr. Geh. JustizR. Böhmer in Princip. iur. feudal. §. 225.

39) S. *Gust. Henr.* MYLII Diss. de privatione iurisdictionis ob eius abusum. *Lipsiae* 1755. Es finden hier überhaupt diejenigen Grundsätze ihre Anwendung, die ich im 2. Th. §. 109. dieses

VI) Keine Gerichtsbarkeit darf ausser dem Territorium des Landesherrn, welcher dieselbe verliehen hat, auch selbst im Lande, nicht ausser dem bestimmten Gerichtsbezirke ausgeübt werden [40]). Denn ausser seinem Gerichtssprengel ist der Richter keine öffentliche und mit Gerichtsbarkeit versehene, sondern eine bloße Privatperson [41]). Es ist auch derjenige Richter, welchen dadurch Eingriffe in seine Gerichtsbarkeit geschehen, nicht nur berechtiget, sich auf der Stelle selbst Recht zu verschaffen, sondern es findet auch gegen denjenigen Richter, welcher die Grenzen seiner Gerichtsbarkeit auf irgend eine Weise überschreitet, die Spolien- oder Negatorienklage statt [42]). Ob nicht in Ansehung der schlechterdings freywilligen Gerichtshandlungen (actus iurisdictionis voluntariae merae) eine Ausnahme von jener Regel zu machen sey, ist streitig. Ich werde diese Frage bey dem §. 194. besonders erörtern.

V) Ist die Gerichtsbarkeit Jemand auf eine bestimmte Art verliehen worden, so, daß die Gattung derselben deutlich ausgedruckt und benennt worden ist,

so

dieses Commentars von dem Verluste der Privilegien wegen des Mißbrauchs vorgetragen habe. Man sehe auch Semlers angeführte Abhandlung §. 17. in dem Archiv für die theor. u. prakt. Rechtsgelehrsamkeit 3. Theil S. 192. folg.

40) Hr. Hofr. Schnaubert in den Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrecht II. Th. N. II. §. 6. S. 114. folg.

41) *L. ult. D. de iurisdict. L. ult. D. de offic. Praefecti urbi* und *L. 3. D. de offic. Praesid.*

42) S. Wilh. Aug. Fried. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes (Stuttgard 1791.) §. 25. S. 60. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 46.

so kann der Umfang der Ausübungsbefugniß in Ansehung derselben keinem Zweifel unterworfen seyn. Es kann auch in einem solchen Falle keine Ausdehnung statt finden, wie schon aus dem gemeinen Rechtssatze, quod limitatio ultra suos terminos non sit extendenda, ganz natürlich folgt. Allein streitiger ist die Frage, ob unter einer unbestimmten Concession der Gerichtsbarkeit, oder Belehnung mit den Gerichten, auch die peinliche Gerichtsbarkeit zu verstehen sey? Mich dünkt, es sey zuförderst ein Unterschied zu machen, ob ein Regallehn verliehen worden, bey welchem die Ober- und Niedergerichte nebst andern Hoheitsrechten hergebracht sind, oder nicht. Im ersten Falle wird die aufgeworfene Frage bejahend zu beantworten seyn [43]). Denn bey solchen Regallehen pflegte man schon von Alters her die Ober- und Niedergerichte oft nicht anders, als unter dem gemeinen Worte Gericht zu verleihen [44]). Im andern Falle kommt es darauf an, ob die Worte der Verleihung ganz allgemein abgefaßt sind, z. B. mit allen Gerichten, oder mit allen und jeden Gerichten [45]); oder ob

43) S. *Io. Paul.* ENDTER Diss. de symbolica possessione iurisdictionis criminalis. (*Altorf.* 1712.) §. XII. und *Dav.* SCHEINEMANN Disput. de iurisdictione (Tubing. 1674.) §. X.

44) SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. VI. §. 10. bestärkt dieß mit einer Stelle aus WESENBEC Consil. 95. n. 13. seq. in causa *Boeneburg* contra *Hessen*.

45) Die Formel mit allen Gerichten kann jedoch zuweilen eine andere Auslegung haben. Es kann z. B. von mehreren Gütern die Rede seyn, bey denen allen nur die niedern Gerichte sind, oder es kann die Gerichtsbarkeit einem Gute an unterschiedenen Orten zukommen, und daher jene Formel nur den Sinn haben, daß die Belehnung auf alle diese zusammen gehen solle. Man nehme also bey Auslegung jener For-

ob das Lehn ein altes Lehn ist, und die ältern Lehnbriefe, nach deren Sinn und Ausdruck die neuern im Zweifel interpretirt werden müssen, die peinliche Gerichtsbarkeit in bestimmtern Ausdrücken enthalten, oder nicht. Im erstern und andern Falle ist ebnermaßen auf das Recht zur Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit mit Grunde zu schliessen; in allen andern Fällen hingegen ist die unbestimmte Verleihung der Gerichtsbarkeit im Zweifel nur von der niedern zu verstehen [46]). Denn einmal erfor-

Formel zugleich auf die Beschaffenheit des Vasallen, und des Landes, nicht weniger auf den Zusammenhang des Lehnbriefes und übrige Umstände Rücksicht. Die Anwendung dieser Regel findet man bey Hrn. von Buri in der Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts 3te Fortsetz. S. 670.

46) Hiermit stimmen überein STRUV in Syntagm. iur. civ. Exerc. IV. §. 80. und in Syntagm. iur. feud. Cap. VI. aphor. 18. n. 4. SCHWEDER in Diss. de iurisdictione per investituram feudal. concessa §. 14. (*T. I. Dissertat. pag.* 1089.) *Nic. Christph. de* LYNCKER Centur. XI. decis. 1070. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. III. Th. I. not. 19. *Sam.* STRYK Us. Mod. Pandectar. Lib. II. Tit. I. §. 13. *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. II. Tit. I. Quaest. 19. et ad Eundem *Io. Ern, Bernh.* EMMINGHAUS not. b. pag. 176. KRESS in Diss. de iurisdictione omnimoda sub formula Richt und Ungericht in feudum concessa §. 16—26. (in IENICHEN *Thes. iur. feud. T. II. p.* 869.) *Henr.* LINCK de iurisdictione Centenae Cap. II. §. 8. (in Leucht *Tract. academ. de iurisdictione p.* 379.) HELLFELD Elem. iur. feud. Cap. V. §. 82. von Buri Erläuterung des Lehnrechts S. 659. Meister Abhandl. des peinl. Processes in Teutschland I. Abschn. XI. Hauptst. §. 23. u. 24. Hr. Geh. JustizR. BOEHMER Princip. iur. feudal. § 67. Hofr. Schnaubert Erläuterung des Lehnrechts S. 112. u. 113. Reg. R. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 339. folgg. *Mich. God.* WERNHER lect. Commentat. in Pandect. Tit. de iurisdict. §. 33. D. BIENER

in

erfordert überhaupt die Natur der Privilegien, besonders wenn dadurch, wie hier der Fall ist, Hoheitsrechte ertheilet werden, eine solche einschränkende Erklärung [47]). Sodann muß zweytens bey Verleihungen hauptsächlich auf den Sprachgebrauch gesehen werden. Wenn nun gleich die Ausdrücke Gericht, Gerichtsbarkeit an sich ein genus bezeichnen, was mancherley Arten unter sich faßt, so hat doch von jeher der Sprachgebrauch diejenige Bedeutung, als die gewöhnlichste, adoptirt, nach welcher jene Ausdrücke nur von der niedern Gerichtsbarkeit verstanden werden [48]). Nicht leicht begriff man schon in ältern Zeiten unter dem Worte Gericht die peinliche Gerichtsbarkeit; man unterschied vielmehr die letztere mit vieler Sorgfalt von der gewöhnlichen oder niedern Gerichtsbarkeit durch eigene Benennungen, und nannte sie Ungericht, Blutbann, Frayß, Halßgericht, hohe Obrigkeit, Malefizgericht [49]) ꝛc.

Und

in Diss. de iurisdict. ordinar. et exemta Cap. II. §. 21. Hr. Prof. Klüber Geschichte der Gerichtslehen S. 137. u. 138. u. a. m. Anderer Meinung sind jedoch HORN in Iurisprud. feud. cap. VII. §. 12. STRUBEN in Observat. iur. et histor. Obs. IX. §. 7. pag. 274. und in den rechtl. Bedenken IV. Th. Bed. 122. S. 316. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER in Meditat. ad art. 1. Constit. Crim. Carol. §. 11. pag. 23. Joh. Christ. Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts II. Th. §. 559. u. m. deren Gründe aber Hr. Reg. R. Eichmann a. a. O. geprüft und gründlich widerlegt hat.

47) S. meinen Commentar im I. Th. §. 99. S. 546. add. *L.* 2. §. 16. *D. ne quid in loco publico.*

48) HALTAUS in Glossar. germ. sub v. Gerichte. Meister am angef. Orte S. 469.

49) Die Beweise hat Hr. von Buri a. a. O. S. 669. gesammelt.

Und auch in neuern Zeiten ist es gar nicht gewöhnlich, ein so wichtiges Recht, als das Recht über Leben und Tod der Unterthanen zu richten, ist, mit dem generellen Ausdrucke der Gerichte zu bezeichnen, sondern es pflegen sich unsere Landesherrn deshalb bestimmterer Ausdrücke zu bedienen [50]). Hiezu kommt drittens, daß man den Blutbann seit Entstehung der Landeshoheit als ein vorzügliches Kleinod derselben [51]) betrachtete, mit dessen Ver-

50) S. *Io. Ge.* LAMM Obs. an iurisdictione simpliciter concessa tam altam quam bassam vasallus consequatur? in Hrn. Dir. Zepernicks *Analect. iuris feudal.* Tom. II. Obs. 17. pag. 70. sqq.

51) In den alten Urkunden wird daher der Ausdruck Blutbann häufig für die ganze Landeshoheit genommen, und mit dem Namen Königsbann (bannum regium) belegt. Man sehe HERTIUS in Dissertat. de superioritate territoriali §. 2. welcher dieses mit vielen Urkunden bewiesen hat. Denen noch beyzufügen Gerkens Fragm. march. p. 34. Sehr merkwürdig sagt daher Preußen in dem Manifest wegen der Limburgischen Länder vom 6. Dec. 1713. bey Faber in der Europ. Staatskanzley Th. 23. S. 723. — gleichwie allen denjenigen, welche von der *Antiquitate Germanica* Information und Wissenschaft haben, nicht unbekannt seyn kann, daß *temporibus antiquis* das *merum imperium seu alta iurisdictio cum banno regali, seu* Blutbann, *pro ipso iure Territorii* genommen worden, und sonderlich in Grafschaften das höchste *Regale* gewesen, dergestalt, daß wer dieses hohe Recht von Kaiser und Reich zu Lehn gehabt, derselbe auch zugleich völliger Landesherr gewesen ꝛc. S. J. J. Reinhards Beweis, daß die Belehnung unter der Formel: Blutbann und Wildbann mit ihren Herrlichkeiten, im XV. Jahrh. die ganze Landeshoheit in sich begreife; in Hrn. Oberhofger. Ass. Schotts jurist. Wochenblatt, Jahrg. II. Num. 23. S. 643. und Hrn. Geh. JustizR. BOEHMER Diss. de Centena sublimi in seinen *Elect. iur. civ.*

Verleihung die Landesherren immer sehr sorgfältig und sparsam umgegangen sind [52]). Es kann daher ohne hinlänglichen Grund um so weniger vermuthet werden, daß der Landesherr einem Unterthan, den er mit den Gerichten schlechtweg beliehen hat, auch die peinliche Gerichtsbarkeit werde mitgetheilet haben, je mehr überhaupt schon nach politischen Gründen die Ausübung dieser Gerichtsbarkeit so viel möglich ein ausschliessendes Vorrecht der obersten Gewalt im Staat bleiben muß. Zuletzt stimmt selbst das römische Recht mit unserer Auslegung überein, als nach welchem, wie schon an einem andern Orte [53]) ausgeführet worden ist, das merum imperium unter der Jurisdicion an sich nicht begriffen war, sondern von der ausdrücklichen Concession des Kaisers abhing.

Nicht minder streitig ist die Frage, ob unter der generellen Verleihung aller Gerichte auch die geistliche Gerichtsbarkeit zu verstehen sey? Die meisten Rechtsgelehrten wollen dieses aus dem Grunde läugnen, weil dieselbe eine ganz besondere Gattung der Gerichtsbarkeit sey, welche der Landesherr nicht leicht einem Unterthan zu ertheilen pflege, und welche er daher bey einer unbestimmten Verleihung aller Gerichte um so weniger gemeinet haben könne, je nothwendiger und unzertrennlicher solche mit der Landeshoheit verknüpft sey [54]). Ja es gehen einige so

52) HEINECCIUS Elem. iur. germ. lib. III. §. 46. a WESTPHALEN Tom. IV. diplom. Mecklenburg. n. 14. 32. 48. BUDER in praefat. ad ENGELBRECHTI *Tr. de servitutibus iuris publici* pag. 8.

53) Siehe oben S. 10. folg. und S. 27. folg. dieses dritten Theils.

54) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. III. §. 2. Not. 1. *Lib. Bar. de* WERNHER in select. Observat. for. Tom. II.

so weit, daß, wenn auch Jemand mit den weltlichen und geistlichen Gerichten ausdrücklich sey belehnet worden, sie dennoch unter dem Ausdrucke geistliche Gerichte nur das Patronatrecht, sofern es vorzüglich in dem Rechte, Jemand zu einer Kirche oder einer geistlichen Pfründe zu präsentiren, bestehet, verstanden wissen wollen [55]). Allein so irrig die letztere Behauptung ist, indem der Unterschied zwischen Patronatrecht und geistlicher Gerichtsbarkeit zu sehr einleuchtet, als daß man glauben könnte, daß ersteres unter der Benennung der geistlichen Gerichte zu verstehen sey, vielmehr die eigentliche Bedeutung des Ausdrucks Gerichte, welche doch unstreitig vor allen andern zum Grunde zu legen ist, deutlich zu erkennen giebt, daß unter den geistlichen Gerichten nothwendig die geistliche Gerichtsbarkeit verstanden werden muß, zumal wenn selbige, wie in dem vorliegenden Falle angenommen wird, in der Concessionsurkunde den weltlichen Gerichten entgegen gesetzet worden sind [56]); So großem Zweifel ist auch die erstere, obgleich gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, daß unter der Verlei-

Part. IX. Obs. 85. pag. 503. *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protestant. Tom. I. lib. I. Tit. 28. §. 28. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. II. Spec. LXXVI. med. 2. *Mich. God.* WERNHER in lect. commentat. in Pandect. h. t. §. 29. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts II. Th. §. 559. Not. c. u. a. m.

55) HORN Resp. Class. I. resp. 2. et Iur. Feud. Cap. VII. §. 12. BERGER a. a. O.

56) Hiermit stimmen überein Hr. von Burk in der Erläuterung des Lehnrechts S. 671. folg. LEYSER im angef. Specim. medit. 3. pag. 118. STRUV in Elem. iur. feudalis ab Hellfeld edit. §. 123. FLEISHER Institut. iur. feudal. Cap. IX. §. 43. vorzüglich aber Hr. Hofr. Schnaubert in der Erläuterung des Lehnrechts §. 67. S. 113.

leihungsformel mit allen Gerichten die geistliche Gerichtsbarkeit nicht zu verstehen sey, annoch unterworfen. Der Grund, den man zur Unterstützung derselben insgemein anzuführen pflegt, nämlich *quia iurisdictio ecclesiastica*, wie die Worte bey dem Freyherrn von Wernher lauten, *superioritati territoriali connexa*, *et regulariter extra illam non subsistit*, ist wenigstens von keinem sonderlichen Gewicht, und widerlegt sich durch die vielen Beyspiele, da den landsässigen von Adel und Municipal-Städten die Gerichtsbarkeit durch Recesse und Privilegien überlassen worden ist [57]), von selbst. Eben so wenig kann auch der Umstand, daß die Verleihung der geistlichen Gerichtsbarkeit seltner, als die Verleihung aller weltlichen Gerichte, sey, eine die geistliche Gerichtsbarkeit ausschließende Vermuthung begründen, wenn, wie hier angenommen wird, ausdrücklich alle Gerichte verliehen worden sind. Wollte man aber einwenden, daß die geistliche Gerichtsbarkeit nach der teutschen Staats- und Kirchenverfassung ein Theil der geistlichen oder bischöflichen Gewalt sey, so bedarf eines Theils dieser Satz noch eines Beweises, denn daß die bürgerliche Oberherrschaft auch die einzige Quelle der geistlichen Gerichtsbarkeit sey, wird heutiges Tages sogar von katholischen Rechtsgelehrten nicht mehr bezweifelt [58]); andern Theils aber

57) Man vergleiche Christoph Dohndorfs Diss. de iurisdictione ecclesiastica, quatenus magistratui municipali competat. Leipzig 1715. Cap. III. §. 12. sqq. MEVIUS P. II. Decis. 305. Hr. Geh. JustizR. Böhmer in Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. II. Tit. I. §. 173. Daß auch Unterthanen ein ius consistorii in einem Lande haben und erwerben können, bestätigt selbst der Osnabrück. Friedensschluß *art.* 5. §. 31. nicht undeutlich.

58) *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. Germaniae Tom. I. Cap. II. Sect. I. art. IV. §. 245. *Alex.* HAMMER Diss. de iure

kann auch daraus kein hinreichender Grund für jene Meinung hergenommen werden. Vielmehr folgt hieraus, daß wenn dem Landesherrn zugleich die geistliche oder bischöfliche Gewalt in seinem Lande zustehet, er nicht nur vermöge derselben die geistliche Gerichtsbarkeit habe verleihen können, sondern auch, indem er alle Gerichtsbarkeit verliehen, und dabey die geistliche nicht ausgenommen hat, dieselbe habe verleihen wollen. Ich bin daher mit Hrn. Hofrath Schnaubert [59], vielmehr der Meinung, daß wenn der Landesherr die geistliche Gerichtsbarkeit hat verleihen können, und auch das Subject, welches alle Gerichte erhält, zur geistlichen Gerichtsbarkeit eben so, wie zur weltlichen fähig ist [60], daß, sage ich, unter dem allge-

iure Principis Catholici circa sacra. *Bambergae* 1744. Cap. IV. Sect. I. §. 5. 6. (in SCHMIDT *Thes. Iur. Eccles. T. III. N. XV.*) *Io. Ge. de* ECKART in Diss. de iure Principis Cathol. circa sacra subditor. suor. protestant. *Moguntiae* 1750. §. 40. sqq. (in SCHMIDT *Thes. Iur. Eccles. Tom. IV.* S. 69.) *Ge. Ios.* WEDEKIND Diss. de iurisdictione ecclesiastica dominis territorialibus catholicis laicis in subditos protest. competente *Heidelbergae* 1766. §. 11. et 12. (in SCHMIDT *Thes. cit. Tom. p.* 508. *sqq.*) *Io. Ge.* REUTHER Diss. ad Art. V. §. 48. Instr. P. O. de vestigiis iurisdict. eccles. episcoporum cathol. germ. in A. C. Statuum subditos protest. *Moguntiae* 1762. Cap. II. §. 10. *Pet. Ant.* FRANCK Diss. de censura principii: iurisdictio supremor. Imp. tribunal. in causis eccl. Protestant. non magis quam Catholicor. fundata. *Moguntiae* 1771. §. X. sqq. (penes SCHMIDT *T. III. p.* 530 *sqq.*) LACKICS in Iur. Publ. Eccles. Part. general. *Viennae* 1774. §. CXV. p. 215. Riesel in den critischen Betrachtungen über verschied. Streitfragen. P. I. u. a. m.

59) Erläuterung des Lehnrechts S. 114. fol.

60) Denn wenn z. B. das Subject, welchem in einem katholischen Reichslande alle Gerichte verliehen worden sind, ein

allgemeinen Ausdrucke alle Gerichte auch die geistliche Gerichtsbarkeit verliehen zu seyn, vermuthet werden müsse.

VI) Wenn Streit darüber entstehet, ob Einem die Gerichtsbarkeit, welche er zeither ausgeübt hat, rechtmäßig sey ertheilet worden, so ist die Frage alsdann von grosser Wichtigkeit, ob sich der in Anspruch genommene Theil auf seinen Besitz berufen, und die Vortheile der sonst aus dem Besitze entspringenden rechtlichen Vermuthung sich zueignen könne, oder ob er nicht vielmehr seinen Rechtstitel, durch welchen er die Gerichtsbarkeit erworben, anzugeben verbunden sey? Unser Hr. Verf. behauptet das letztere. Allein meiner Einsicht nach wird es darauf ankommen, ob ihm von dem Landesherrn selbst, oder wenigstens in desselben Namen, die Gerichtsbarkeit streitig gemacht wird, oder ob solches von einem Dritten geschiehet? Im letztern Falle kann der Besitzer zur Edition eines Titels durchaus nicht angehalten werden, sondern er ist so lange in dem Besitze zu schützen, bis derjenige, welcher ihn von der fernern Ausübung der Gerichtsbarkeit ausschließen will, seine Ansprüche durch den gehörigen Weg Rechtens aus-

ein katholischer Laye ist, so ist freylich, da nach dem kanonischen Rechte Layen der geistlichen Gerichtsbarkeit unfähig sind, *can.* 22. *Caus. XVI. qu.* 7. *cap.* 4. X. *de immun. eccles. cap.* 2. X. *de iudic. cap.* 16. X. *de foro compet.* keinem Zweifel unterworfen, daß auch in einer allgemeinen Verleihung aller Gerichte die geistliche Gerichtsbarkeit nicht begriffen sey. Ein anders ist, wenn der Bischoff einem geistlichen Prälaten seiner Dioces alle Gerichte über sein Kloster, Zubehör, und Hintersassen verliehen hätte. Daß hingegen in protestantischen Landen auch Layen der geistlichen Gerichtsbarkeit fähig sind, ist bekannt. S. Hrn. Geh. JustizR. Böhmers Princip. iur. canon. §. 173.

geführt hat [61]). Die rechtliche Vermuthung, die für einen jeden Besitzer streitet, daß derselbe die innhabende Sache rechtmäßiger Weise besitze [62]), findet auch hier ohne allem Zweifel statt. Denn beyde Theile befinden sich hier in pari causa, und in einem solchen Falle muß nach einer bekannten Rechtsregel jederzeit für den Besitzer gesprochen werden [63]). Allein ob dem Besitzer auch gegen den Landesherrn dieser favor possessionis zu statten komme, ist sehr streitig. Die meisten Rechtsgelehrten verneinen dieses, und nehmen zum Grundsatze an, daß der Landesherr von seinem Unterthan, der sich ein wesentliches Hoheitsrecht anmaßt, die Rechtfertigung des von dem letztern vorgeschützten Besitzes zu begehren berechtiget sey. In Gemäßheit desselben könne also der bloße Besitz nicht von der Angabe des Titels befreyen, sondern es müsse der Besitzer in einem solchen Falle beweisen, daß die angemaßte Gerichtsbarkeit auf eine rechtsmäßige Art durch Privilegium, Contract, Belehnung u. dgl. erworben worden sey. Nur ein unvordenklicher Besitz könne die Stelle einer ausdrücklichen Concession vertreten, und sey einem erwiesenen Rechtstitel gleichzuachten [64]). Es fehlt jedoch nicht an Rechtsgelehrten, welche

61) HANNESEN Diss. de iurisdictione §. VII. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Theil S. 331.

62) §. 4. *I. de Interdict.* L. 11. C. *de petit. hered.* L. 28. C. *de Rei vind.*

63) L. 128. *pr. D. de R. I.* in pari causa possessor potior haberi debet.

64) STRYK Us. mod. Pandectar. ad Tit. de iurisdictione §. 27. sqq. und in Comment. de necessitate edendi titulum possessionis Cap. III. per tot. D. Carl Adolph Braun Abh. in wie ferne man den Titel anzugeben hat, wenn man sich entgegen den

welche der entgegen gesetzten Meinung sind, nämlich daß auch der Landesherr die Anführung des Besitzes und die daraus für den Besitzer entstehende rechtliche Vermuthung gegen sich gelten lassen müsse. Ja sie behaupten sogar, daß die summarische Possessorienklage, worin man sich auf den neuesten ruhigen Besitz zu dem Ende, um darin geschützt zu werden, gründet, gegen den Landesherrn statt finde [65]). Allein ich kann mich von der Richtigkeit dieser Meinung zur Zeit noch nicht überzeugen. Denn da der Landesherr die Quelle aller Gerichtsbarkeit in seinem Lande ist, so können doch unstreitig Unterthanen solche anderer gestalt nicht haben, als in sofern sie der Landesherr ihnen überlassen hat. Der Landesherr, welcher seinem Unterthan die angemaßte Gerichtsbarkeit streitig macht, hat daher jederzeit die rechtliche Vermuthung für sich, denn für ihn spricht die Landeshoheit. Dahingegen ist für den Besitz des in Anspruch genommenen Unterthans nichts vorhanden, so ihn in dem Besitze schützen könnte. Denn der streitige Gegenstand ist so be-

 schaffen,

den Landesherrn auf den Besitz gründet, §. 7. folgg. in den Erlangischen gelehrt. Anzeigen auf das Jahr 1750. N. 10. S. 78. folgg. *God. Lud.* MENCKEN in Diss. de qualitate possessionis in processu possessorio summariissimo. *Lipsiae* 1744. §. VI. lit. b. Claproth Einleitung in die sämtl. summarischen Processe II. Abschn. II. Hauptst. I. Tit. §. 32. HANNESEN a. a. O. Eichmann a. a. O. S. 330. u. a. m.

65) *Tob. Iac.* REINHARTH in select. Observat. ad CHRISTINAEI decisiones Vol. I. Obs. 38. Joh. Andr. Hofmann in der T. Reichspraxis II. Th. §. 1454. S. 254. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 146. Struben Unterricht von Regierungs- und Justizsachen §. 14. not. e. Hofr. Schnaubert in den Anfangsgr. des Staatsrechts der gesammten Reichslande §. 120. Not. *) S. 83. Lobethan von der Gerichtsbarkeit I. Th. 2. Abschn. §. 24. S. 45. u. m.

schaffen, daß solchen kein Unterthan besitzen kann, der nicht einen gerechten Titel, oder wenigstens eine unvordenkliche Verjährung, welche statt des Titels ist, zu erweisen vermag. Aus diesen Gründen kann demnach die sonst für den Besitzer streitende rechtliche Vermuthung hier in keine Betrachtung kommen, sondern es muß dieselbe, als die schwächere Vermuthung, nothwendig der stärkern, welche für den Landesherrn, als der ersten Quelle aller Gerichtsbarkeit in seinem Staat, streitet, weichen. Hiemit stimmt auch das canonische Recht überein [66]). Und daß eben dieses der heutigen Reichspraxis gemäß sey, beweißt Herr von Cramer [67]) mit verschiedenen Beyspielen. Es versteht sich jedoch von selbst, daß der Unterthan seines vermeintlich hergebrachten Rechts durch einseitige Regierungsverordnungen de facto nicht entsetzet werden dürfe, indem ein solcher Fall, wo Einem sein Besitz genommen werden soll, den er für rechtmäßig angiebt, sich nie zur bloßen Regierungssache qualificirt, sondern allerdings in die Zahl der Justizsachen gehört, worüber Keinem das rechtliche Gehör zu versagen ist [68]).

§. 190.

Unterschied zwischen Magistratus und Iudex nach römischen und teutschen Rechten. Verschiedene Arten der Iudicum bey den Römern. Vereinigung der *L.* 10. *D. h. t.* und *L.* 77. *D. de iudiciis.*

Diejenige Person, welche dazu authorisirt ist, über das Mein und Dein in einzelnen Fällen vermittelst eines Urtheils

66) *Cap* 9. *X. de probat. cap.* 7. *de privil. in* 6*to.*

67) Observation. iuris universi Tom. I. Observ. 378.

68) Pütter auserles. Rechtsfälle II. Bandes 4ter Theil, Resp. CCXXXVIII. Quaest. XV. n. 241. S. 1062.

Urtheils aus den Gesetzen das Recht zu schöpfen, und dasselbe vermittelst äusserlichen Zwangs zu handhaben, oder, welches eben so viel ist, die Gerichtsbarkeit mit Bestand auszuüben, nennt man eine Magistrats- oder Obrigkeitliche-Person. Die Römer machten einen Unterschied zwischen Magistratus und Iudex. Nur ersterer hatte die Gerichtsbarkeit, letzterer hingegen nichts als Notio. (S. 12. N. VII.) Eine obrigkeitliche Person konnte nämlich in vielen Fällen nicht für sich Recht sprechen, sondern mußte andere Römer zuziehen, wie z. B. der Praetor urbanus in Erbschafts- und solchen Sachen, die vor das Centumviralgericht gehörten [69]). Denn in diesem war er eigentlich nur der Präsident des Gerichts [70]), und hatte, wenigstens zu den Zeiten der Kaiser, hundert und achzig Beysitzer, welche in vier Consilia getheilt waren [71]). Mit diesen entschied er die wichtigern Rechtsfälle, wo es hauptsächlich auf eine streitige Rechtsfrage ankam [72]). Kam es blos auf Erörterung factischer Umstände an, so konnte der Prätor diese einem Iudex überlassen [73]), welcher *iudex pedaneus* genennt

69) *Cicero lib. I. de Oratore c.* 38. S. ZEPERNICK Disquisit. de causis centumviralibus bey SICCAMA *de iudicio centumvirali* pag. 230. sqq.

70) PLINIUS *lib. V. epist. ult.* verb. Praetor, qui Centumviralibus praesidet. Conf. SICCAMA de iudicio centumvirali lib. I. Cap. XII.

71) PLINIUS *lib. VI. Epist.* 33. Daß zur Zeit der freyen Rep. mehr als 105 Centumviralrichter gewesen, ist unerweißlich. S. Zepernick in Animadv. ad SICCAMAM pag. 70. not. h.

72) QUINTILIAN. lib. XII. *Orator. Institut.* cap. 5. SENECA lib. III. *de Benefic.* cap. 7.

73) Wie gewöhnlich dieses gewesen seyn müsse, erhellet aus Cicero lib. I. *ad Quint. Fratr.* ep. 2. Quid? Praetor solet iudi-

genennt wurde, quia ad pedes Praetoris ſedebat in ſubſelliis [74]). Dieſer erhielt zugleich ein Formular, wornach er erkennen mußte: z. B. *Si paret, dari oportere, condemnato* [75]). Mußte ſich der Judex ſtreng an die ihm ertheilte Inſtructien halten, und nach Maasgabe derſelben auch nach Beſchaffenheit der Umſtände den Beklagten entweder verurtheilen oder abſolviren [76]), ſo heißt ein ſolches Verfahren *iudicium ſtricti iuris.* Gab ihm der Prätor freyere Hände, durch die Formel: quantum aequius melius id dari, ſo hieß dieſes *iudicium bonae fidei* [77]). Denn hier konnte der Judex die Billigkeit zum Maaßſtabe nehmen, und dem Kläger auch Verzugszinſen, Früchte, und alles, was zwar nicht ausdrücklich verſprochen war, aber doch die Billigkeit erforderte, zuerkennen [78]). Der Judex

iudicare, DEBERI? Conf. NOODT de iurisdict. et imp. lib. I. cap. 8. und meine Opuſc. Faſc. II. pag. 389. ſqq.

74) Auſſer *Io.* HOP, deſſen Schrift ich oben S. 13. Not. 44. angeführt habe, verdienen DIETMAR iudex pedaneus *Ienae* 1743. und KNORR Diſſ. de uſu pr. doctr. de praetore et iudice pedaneo *Halae* 1756. bemerkt zu werden.

75) Zepernick ad SICCAMAM pag. 26. Not. d.

76) Denn die Formel: *Si paret, condemna*, berechtigte auch den Richter, in dem entgegengeſetzten Falle, *ſi non paret*, den Beklagten von der angeſtellten Klage zu entbinden; wie Paulus *L.* 3. *D. de re iudic.* und Ulpian *L.* 37. *D. de Reg. Iur.* lehren. In dem 51ſten Buche ad Sabinum handelte Ulpian von der Beſtellung eines Judex Pedaneus, und deſſelben Inſtruction, wie aus den übrigen Fragmenten erhellet. S. NOODT de iurisdict. et imp. lib. I. cap. 13.

77) Zepernick a. a. O.

78) HOP cit. Diſſ de iudicibus a Praetore et provinc. Rectorib. ad cauſ. privat. diiudicandas dari ſolitis Cap. III.

Iudex hieß in diesem letztern Falle *arbiter* [79]), das ganze Verfahren aber *arbitrium* [80]). Was dem Prätor in Rom die Centumviralrichter, dieß waren dem Präses in der Provinz zwanzig Recuperatores [81]). Wenn jedoch der Prätor oder Präses zuweilen in einer Rechtssache mehrere Privatrichter zu bestellen nöthig fand, so wurden auch diese *Recuperatores* genennt [82]). Von allen diesen Privatrichtern waren aber die *Decemviri litibus iudicandis* [83]) verschieden, über welche unter den Gelehrten viel

79) CICERO lib. III. *de officiis* cap. 17. Orat. *pro Roscio Com.* cap. 9. *pro Roscio Amerin.* cap. 39. *L.* 24. *D. depositi, L.* 76. *D pro socio, L.* 52. §. 2. *D. fam. ercisc.* Man verwechsle diese arbitros iuris nicht mit den Schiedsrichtern oder arbitris compromissariis, von welchen in Tit. Dig. *de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*, gehandelt wird.

80) Man lese hier die schöne Stelle des Cicero in *Orat. pro Roscio Comoedo* cap. 4. wo er den Unterschied inter iudicium et arbitrium vortreflich erläutert.

81) Zepernick ad SICCAMAM pag. 87. not. c.

82) CICERO *pro Flacco* cap. 21. lib. III. *in Verrem* cap. 12. *pro Caecinna* cap. 3. et 21. *Divinat. in Caecil.* cap. 17. *in Verrem* lib. V. c. 30. und GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XX. c. 1. Conf. HOTMANNUS ad CICERON. pro Caecinna cap. 1. HERALDUS lib. V. Observat. ad ius Attic. et Rom. Cap. XIV. n. 15. sqq. beweißt mit vielen Gründen, daß diese Recuperatores zur Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatsachen bestellet worden. Allein FERRATIUS lib. I. Epist. 3. und nach ihn HOP cit. Diss. Cap. III. pag. 545. haben gezeigt, daß Recuperatores von einem andern iudex privatus in nichts, als in der Zahl, unterschieden gewesen.

83) Ihrer gedenkt Pomponius *L.* 2. §. 29. *D. de O. I.* Deinde cum esset necessarius magistratus, qui hastae praeesset: *Decemviri litibus iudicandis* sunt constituti; auch PLINIUS *lib. V. ep. ult.* Sedebant iudices (ohne Zweifel Centumviri) venere *Decemviri.* Add. SUETONIUS in *vita Augusti* cap. 36.

viel gestritten worden ist [84]). Sie scheinen, den Nachrichten zu Folge, die wir von ihnen bey den Alten finden, die Gehülfen des Prätors, vorzüglich im Centumviralgerichte, und in der Abwesenheit desselben seine Stellvertreter gewesen zu seyn [85]). Denn da das Centumviralgericht aus vier verschiedenen Tribunalen oder Consiliis iudicum bestand, so war ein Prätor zur Direction eines Gerichts von solchem Umfange nicht hinreichend [86]). Alle diese römischen Richter hatten nun keine Jurisdiction, denn diese war eigentlich bey der dem Gerichte vorgesetzten obrigkeitlichen Person, sondern sie hatten, selbst die Decemvir's nicht ausgenommen [87]), eine bloße Notion. Sie erörterten zwar streitige Rechtsfälle, und ertheilten den Partheyen Sentenzen, allein nicht aus eigener Macht, sondern unter der Direction des Magistratus, der sie bestellet hatte. Dieser mußte auch ihre Urtheilssprüche vollziehen [88]). Denn mit Eröffnung der Sentenz war das Amt

84) Die verschiedenen Meinungen der Gelehrten prüft Zepernick ad SICCAMAM pag. 73.

85) SICCAMA de iudicio centumvir. Cap. IX. HOP cit. Diss. Cap. I. pag. 512. NOODT de iurisdict. et imp. lib. I. cap. 12. RAEVARDUS in Protribunal. cap. 19. GEBAUER de iurisdictione Cap. I. §. 10.

86) Zepernick ad SICCAMAM lib. I. cap. XI. not. m. pag. 97. sq.

87) Zepernick ibid. pag. 90. not. g. Pomponius L. 2. §. 29. D. de O. I. nennt sie zwar magistratus, allein in ganz uneigentlicher Bedeutung dieses Worts. Man sehe hiervon nach *Io.* HOP in der mehrmals angef. Diss. Cap. I. bey Oelrichs pag. 513. und Zepernick a. a. O. pag. 73. Ebenderselbe beweißt auch gegen Siccama pag. 66. not. e. daß die Centumviralrichter keine magistratus gewesen.

88) *L. 15. pr. D. de re iudic.*

Amt eines Judex Pedaneus geendigt [89]). Ein anderer Unterschied zwischen einer obrigkeitlichen Person und einem Judex war nicht minder wichtig. Ein Magistratus durfte weder in seiner eigenen Sache noch über seine Familie Recht sprechen [90]). Allein ein Vater konnte seinem Sohne, und der Sohn seinem Vater zum Judex bestellet werden [91]). Hierin lag kein Widerspruch, wie Merillius [92]), Schulting [93]) und Averanius [94]) gezeigt haben. Denn bey Bestellung eines Judex kam es zugleich auf die Einwilligung der streitenden Partheyen an [95]). Der Magistrat wählte zwar den Richter, allein hatte der Gegentheil gegründete Einwendungen, so konnte er denselben recusiren [96]). Wollte sich's nun der Gegner gefallen lassen, daß der Prätor den Vater in Sachen seines Sohnes zum Richter bestellte, den er doch verwerfen konnte, so stand nichts im Wege, warum derselbe nicht hätte Judex seyn können. Es war ja den streitenden Partheyen erlaubt, den Sohn in Sachen seines Vaters

89) L. 55. *D. eodem.*

90) L. 10. *D. de iurisdict.* Qui iurisdictioni praeeſt, neque ſibi ius dicere debet, neque uxori, vel liberis ſuis, neque libertis, vel caeteris, quos ſecum habet.

91) *L.* 77. *D. de iudiciis.* In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem iudicem habere poteſt.

92) Obſervat. iur. Rom. lib. I. cap. 35.

93) Diſſ. de recuſatione iudicis cap. IX. §. 6.

94) Interpretation. iuris Lib. I. cap. 5.

95) CICERO *pro Cluent.* cap. 43. Neminem voluerunt maiores noſtri, non modo de exiſtimatione cuiusquam, ſed ne pecuniaria quidem de re minima, eſſe iudicem, *niſi qui inter adverſarios conveniſſet.* Add. VALERIUS MAX. lib. II. cap. 8. ex. 2. et ad Eundem VORSTIUS atque TORRENIUS in Notis.

96) SCHULTING cit. Diſſert. Cap. VI. §. 2. et cap. VIII. §. 2.

ters zum Schiedsrichter anzunehmen [97]). Warum also nicht zum Judex Pedaneus? Der Grund ist ganz der nämliche. Denn auch das Compromiß hing von dem freyen Willen der Partheyen ab. Folglich müssen sie sich auch den Ausspruch des Schiedsrichters gefallen lassen [98]). Ob Paullus [99]) den Knoten zur Genüge aufgelößet hat, wenn er zum Entscheidungsgrunde anführt: Quippe iudicare munus publicum est, daran zweifle ich sehr. Denn daraus folgt nur, daß in Sachen, die das Richteramt des Sohnes betreffen, die Rechte der väterlichen Gewalt in keine Betrachtung kommen, noch Vater und Sohn wie sonst in Sachen, die auf Privat- und Familienrecht ihre Beziehung haben, für eine Person gehalten werden können [100]). Indessen beweißt dieser Grund zum wenigsten so viel, daß Eduard Caldera [1]) und Guido Pancirollus [2]) nicht ganz unrecht haben, wenn sie den Africanus so verstehen, daß ein römischer Magistrat seinen

97) *L. 6. D. de recept. arbitr.* Quin etiam de re patris dicitur filiumfamilias arbitrum esse: nam et iudicem eum esse posse, plerisque placet.

98) *L. 27. §. 2. D. eodem.* — Sibi imputet, qui compromisit. Mit Recht schließt Averanius a. a. O. n. 19. hieraus: Cum iudex itidem invito non daretur, sibi imputare debet, si quis iudicem in causa filii patrem accepit.

99) *L. 78. D. de iudiciis.*

100) In iis enim, quae ad ius publicum pertinent, filius non sequitur ius patriae potestatis. *L. 14. D. ad SCtum Trebell.* sed loco patrisfamilias habetur. *L. 9. D. de his, qui sui vel al. iuris sunt, L. 6. D. quod cuiusq. universit. L. 2. D. de muner. et honor.*

1) Variar. lection. lib. II. c. 9. bey Meermann *Thes. iur. civ. et canon. T. III. pag.* 618.

2) Thesaur. variar. lection. Lib. II. cap. 21. bey Heineccius in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 1142.

seinen Sohn, der väterlichen Gewalt ohngeachtet, in Sachen eines Dritten zum Judex habe ernennen können. Dahingegen verdient die Erklärung des Johann Dominicus **Marrucius** [3]) keinen Beyfall, welcher diese Stelle blos auf gewisse feyerliche Privathandlungen, z. E. Adoption, Manumission [4]), oder nur auf solche Privatgeschäfte einschränken will, wo es blos auf den Gerichtszwang ankommt, z. B. wenn der Vater sich weigerte, eine Erbschaft anzutreten, und abzuliefern, so konnte ihn der Sohn, als obrigkeitliche Person, auf Ansuchen des Fideicommißarischen Erben durch Zwangsmittel hiezu anhalten [5]). Denn einmal gehörte so wenig die Bestätigung feyerlicher Privathandlungen, als der Gerichtszwang in den Wirkungskreis eines Judex Pedaneus. Zum andern redet Afrikanus ausdrücklich von *negotiis privatis*. Hierunter sind aber, wie Averanius [6]) richtig bemerkt, keine andern als privatae controversiae, de quibus privata iudicia peraguntur, zu verstehen. Denn daß das Wort *negotium* in der Sprache unserer Gesetze so viel als einen Rechtshandel, oder Proceß, lis, controversia, bedeute, ist etwas bekanntes [7]). Einen dritten Unterschied zwischen Magistratus und iudex in Absicht

auf

3) Variar. Explanation. iuris lib. III. cap. 72. (*cum praefat. Ge. Ad.* STRUVII *Ienae* 1683. *denuo edit.* 4.)

4) *L.* 3. *D. de adopt. L.* 18. *D. de manumiss. vindict.*

5) *L.* 13. *in fin. D. ad SCtum Trebell.*

6) am angef. Orte S. 19.

7) *L.* 16. *D. de legationib. L.* 34. *D. de iure fisci. L.* 12. *C. de appellat.* Daher kommt auch die Redensart negotium facere alicui, welches so viel ist als aliquem litibus vexare. S. *L.* 1. *D. de calumniat. L.* 5. *D. de obsequiis parent. L.* 6. *Cod. de testib.* Conf. BRISSONIUS de Verb. signif. sub voc. *Negotium* n. 6. pag. 898.

auf die Handlungen beym Proceße, welche theils actus in iure, theils actus in iudicio waren, übergehe ich hier mit Stillschweigen, weil ich davon schon an einem andern Orte dieses Commentars [8]) gehandelt habe. So wichtig indessen dieser Unterschied war, so finden wir doch, daß in unsern römischen Gesetzbüchern der Name Iudex nicht selten für eine obrigkeitliche Person genommen wird [9]). Man darf sich darüber um so weniger wundern, da zu Justinians Zeiten der Unterschied zwischen Magistratus und Iudex pedaneus längst aufgehoben war [10]).

Die Teutschen unterschieden ebenfalls Magistrate, Richter und Urtheiler, wie aus den Gesetzen und

8) I. Th. §. 1. n. 7. S. 8.

9) Eben dieses hat auch schon längst *Lud.* CHARONDAS Πειθανῶν lib. I. cap. 3. bemerkt. Ganz richtig erklären daher *Ger.* NOODT in Iulio Paulo cap. 3. und *Henr.* BRENKMANN in Diss. de Legum inscriptionibus §. 14. den Ausdruck Iudex in *L.* 5. *pr. D. de agnosc. et alend. lib.* in Gemäßheit der Inscription dieser Stelle vom Consul; und Hr. Dir. Zepernick beweißt in seinen eleganten Anmerkungen zum SICCAMA de iudicio centumv. pag. 93. daß unter iudex maior in *L.* 32. *§.* 7. *D. de recept. qui arbitr. recep.* eine obrigkeitliche Person, nämlich ein Consul oder Präses der Provinz zu verstehen sey.

10) Justinian gedenkt zwar noch in der *Nov. LXXXII.* der Iudicum pedaneorum. Allein diese waren von jenen ältern iudicibus ganz verschieden, wie Schulting in Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 26. zeigt. Denn diese hatten eine iurisdictionem mandatam; ihnen konnten Rechtserörterungen von allerley Art, sie mochten factum, oder ius betreffen, übertragen werden; sie hatten auch ihre Exsecutoren, wie aus *cap.* 7. *Nov.* 82. erhellet. Man sehe *Ant.* SCHULTING Diss. de Recusatione iudicis Cap. XII. §. 2. und diesen 3ten Theil des Commentars S. 13. Not. 44.

und Urkunden des Mittelalters bekannt ist [11]). Die Magistrate, nämlich Bürgermeister und Rathmänner, verwalteten nur die Policey, und hatten mit Rechtssachen nichts zu thun [12]). Die Richter, welche man auch Grafen oder Graven, Schultheißen, Pfleger u. s. m. [13]) zu nennen pflegte, verwalteten die Justiz in den ihnen untergebenen Districten oder Gauen. Jedoch war kein teutscher Richter befugt, ein Urtheil für sich zu geben, sondern er hatte dazu seine Schöpfen, welche aus dem ihnen vorgetragenen Rechtsfalle das Urtheil finden und ertheilen mußten, welches der Richter sodann aussprach [14]). Das sächsische Landrecht sagt dieses ausdrücklich [15]): Der Richter soll gleicher Richter seyn allen Leuten zu richten. Urtheilen soll er auch mit Rath, und selbst weder Urtel finden noch schelden: d. i. der Richter soll weder nach eigenem Gutdünken ein Urtheil geben, noch das ausgesprochene Urtheil verwerfen und abändern [16]);

sondern

11) Man sehe *Io. Th.* SEGERI Progr. de differentia iudicum et magistratuum iuris dicundi apud Germanos. Lipsiae 1774.

12) Hymmen's Beyträge zu der juristl. Litteratur in den Preußl. Staaten, 1ste Samml. S. 200. folg.

13) Thomasius in Diss. de iurisdict. et magistratuum differentia sec. mores Germanor. Th. 65. sqq.

14) Carls *V.* peinl. Gerichtsordnung Art. 3. u. 4. S. Kopps ausführl. Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. u. civil Gerichte in Hessen. I. Th. 3. St. 1. Abth. §. 172. S. 230. u. 3. Abth. §. 238. S. 311. am Ende u. folg. auch Meckbach Anmerkungen über den Sachsenspiegel S. 72. u. 714.

15) III. Buch Art. 30.

16) Sonst heißt ein Urtel schelten in der Sprache unserer Vorfahren eigentlich so viel, als wider ein Urtheil appelli-

sondern er soll die Schöpfen um Rath fragen, und was diese für Recht halten, dabey solle es bleiben [17]). Eben so naiv als treffend spricht die Glosse [18]). Wer in gehegtem Ding (Gericht) sitzet, und zu gebieten oder verbieten hat, der ist Richter, und nicht, der daßelbig halten muß. Der aber, so das Urtel findet, muß solches thun um jenes Gebots willen, darum ist nochmals, der das Urtel fraget, der Richter, und nicht, der es findet [19]). Diese Richter mußten nun die Gerichte nach einer ihnen vorgeschriebenen Form, und an einem bestimmten Orte (mallus, Dingstatt) halten, und mit gewissen Beysitzern oder Urtheilern besetzen [20]). Diese Urtheiler, wie sie besonders in der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. sehr oft genennt werden [21]), waren keine andere als die Schöpfen [22]), welche nicht nur bey den Centsondern auch bey den Landgerichten aus den ansehnlichsten und würdigsten unter den Freygebornen erwählt wurden [23]). Den Namen Schöpfen, Schöppen, oder Schöf-

ren, sich an den höhern Richter davon berufen. Meckbach in den Anmerkungen über den Sachsenspiegel ad lib. III. art. 30. S. 714.

17) Kopp im angef. Buche I. Th. 4. St. §. 401. S. 458. sqq.

18) *Gloſſa Iur. Prov. Saxon.* Lib. III. Art. 78.

19) PUFFENDORF de iurisdictione german. P. I. Cap. III. §. 3.

20) Kopp in dem angef. Buche I. Th. 3. St. §. 207. S. 281.

21) Art. 1. 7. 16. 105. 109. 125. 127. 131. 133. 138. 148. 150. 160. 164. 165. 191. In den Art. 16. u. 105. werden Richter und Urtheiler ausdrücklich von einander unterschieden.

22) Hr. Geh. JustizR. Walch in Glossar. germ. interpretat. Constit. Crim. Carol. inservient. (Jena 1790. 8.) sub voc. Urtheiler hat dieses sehr deutlich erwiesen.

23) Kopp I. Th. 3. St. §. 172. S. 230.

Schöffen, hatten sie von ihrem Amte, weil sie das Urtheil schöpfen oder finden mußten [24]), daher sie auch in unserer peinlichen Gerichtsordnung Urtheilssprecher [25]) genennt werden. Endlich unter dem Namen der Obrigkeit, oder, wie es im Style der mehrgedachten peinl. Gerichtsordn. eigentlich heißt, Oberkeit wurde theils der Gerichtsherr, und dessen gerichtliche Gewalt [26]), theils der Oberrichter, oder ein oberes landesherrliches Justiz-Collegium [27]) verstanden, wie Hr. Geh. Justizrath Walch [28]) aus der Vergleichung der Carolinischen und Bambergischen Halsgerichtsordnung sehr ausführlich gezeigt hat. Allein heutiges Tages werden die Benennungen Magistráte, Obrigkeiten und Richter meist als gleichbedeutend genommen, indem die Magistráte in der Folge auch die Gerichtsbarkeit theils vom Landesherrn, theils von denen, die damit beliehen waren, an sich brachten [29]); und derjenige, welchem die Gerichtsbarkeit zusteht, in streitigen Rechtsfällen, nur peinliche ausgenommen, als bey denen die Gesetze die Gegenwart gewisser Besitzer ausdrücklich vorschreiben, gemeiniglich selbst das Urtheil spricht, und auch dasselbe zur Vollziehung bringt [30]).

24) Meckbachs Anmerkungen über den Sachsenspiegel 1. B. 2. Art. S. 12.

25) Art. 4. S. Walch im angef. Glossar. voc. Urtheilssprecher.

26) P. G. O. Art. 127. u. 207.

27) P. G. O. Art. 7. 11. 124. 154. 165. 196. 204. 206. 219.

28) cit. Glossario voc. Oberkeit S. 394. folg.

29) Hymmen's Beyträge zur juriſt. Litteratur I. Samml. S. 201. ff.

30) Ganz richtig schreibt daher Heineccius in Elem. iuris civ. sec. ord. Institut. §. 1327. und 1328. *Non autem hodie obser-*

§. 191.

Eintheilung der teutschen Gerichtsbarkeit in die persönliche, dingliche und patrimonial-Gerichtsbarkeit.

Die teutsche Gerichtsbarkeit (§. 185. S. 17.) ist nun von sehr verschiedener Art. Ich will jetzt nach Anleitung des Verf. die Haupteintheilungen derselben durchgehen.

I) In Ansehung des Rechts, mit welchem sie Jemand zustehen kann, theilt man dieselbe in die persönliche (personalis s. administratoria) und in die dingliche oder eigene Gerichtsbarkeit (realis s propria iurisdictio) ein, je nachdem sie entweder vermöge eines vom Landesherrn verliehenen öffentlichen Amtes ausgeübt wird, oder als ein eigenes Recht zuständig ist. Die persönliche Gerichtsbarkeit wird entweder von mehrern, die ein Collegium ausmachen z. B. Canzleyen, Hofgerichten, Regierungen; oder von einzelnen Justizbeamten ausgeübt, daher die Amtsgerichte entstehen. Die dingliche Gerichtsbarkeit hingegen ist wieder von zweyerley Art, entweder die eigentlich sogenannte dingliche Gerichtsbarkeit (iurisdictio realis in specie talis) welche entweder einer moralischen Person d. i. einer ganzen Gemeinheit, z. B. einer Academie, einem Domcapitul, einer Stadt oder Zunft zusteht, oder einer einzelnen Person, als ein eigenthümliches Recht, verliehen worden ist, man denke hierbey an die häufigen Gerichtslehen, welche zuweilen auch ohne den Besitz eines gewissen Grundstücks gegeben wer-

observatur discrimen inter ea, quae IN IURE, *et quae* IN IUDICIO *fieri dicuntur.* — *Quumque hodie omnia iudicia sint extraordinaria* (§. ult. I. de Interdict.) *ipse magistratus et cognoscit, et sententiam fert, et eandem exsequitur.*

werden [31]), oder die erb- und eigenthümliche Gerichtsbarkeit (iurisdictio patrimonialis s. praediatoria Gutsgerichtsbarkeit) welche einem Gute als ein Pertinenz anklebt, und mit demselben auf jeden Gutsbesitzer übergeht. Letztere hat insgemein der niedere Adel auf seinen Gütern. Doch können auch zuweilen andere Gutsbesitzer eine patrimonial Gerichtsbarkeit erworben haben. Im römischen Rechte ist dieselbe nicht gegründet, wenn gleich Molinäus [32]) aus einer unrichtig verstandenen Novelle des Kaisers Justinian [33]) dieses zu behaupten suchte, welchen *Charle* LOYSEAU [34]) und HERALDUS [35]) deshalb gründlich widerlegt haben. Sie ist also unstreitig teutschen Ursprungs, daher kann das römische Recht, in soferne dieses die bey den Römern allein üblich gewesene persönliche Gerichtsbarkeit voraussetzt, auf dieselbe schlechterdings nicht angewendet werden. Allein so gewiß dieses ist, so wenig kommen die Rechtsgelehrten darin mit einander überein, aus was für einer

31) Viele Beyspiele hat Herr Prof. Klüber in seiner Geschichte der Gerichtslehen gesammlet.

32) in Consuetud. Paris. §. 2. gl. 4. n. 9.

33) *Nov.* LXXX. *cap.* 2. Die Worte: qui a nobis sunt iudices constituti, sind nicht, wie Molinäus irrig dafür hält, auf die vorhergehenden agricolarum domini zu ziehen, sondern sie gehen auf die vom Justinian bestellten Richter, vor welchen die Processe zwischen den Gutsherrschaften und ihren Bauern summarisch und ohne Aufenthalt verhandelt werden sollten, wie man aus der richtigern Hombergischen Uebersetzung dieser Novelle ganz deutlich sieht. Conf. *Io. Pet. de* LUDEWIG in Diss. de praediatoria iurisdictione nobilium ad Nov. 21. et 80. (*Halae* 1742.) Different. 3.

34) in seinem Werke des Seigneuries Chap. X. n. 47.

35) in Rerum Quotidianar. quaestionib. lib. I. cap. 7. n. 2.

Quelle dieselbe herzuleiten sey. Sehr viele behaupten, daß diese Art der Gerichtsbarkeit eine Reliquie der ehemaligen Leibeigenschaft sey [36]). Denn die herrschaftliche Gewalt, welche den adelichen Gutsbesitzern über ihre Leibeigene zugestanden, habe ihnen in den Zeiten, wo Selbsthülfe in Teutschland erlaubt und unentbehrlich war, die Befugniß gegeben, sich selbst durch Strafen und Zwangsmittel zu dem zu verhelfen, was sie von ihren Bauern zu fordern hatten. Diese ehemalige Gewalt sey nach dem in Teutschland verbesserten Justizwesen in eine förmliche Gerichtsbarkeit verwandelt worden, welche den Namen der Patrimonialgerichtsbarkeit daher erhalten, weil sie ein zum Patrimonium gehöriges veräusserliches Recht ist. Allein eben so viel, wo nicht noch mehrere, verwerfen jene Meinung gänzlich, und wollen vielmehr den Grund der Patrimonialgerichtsbarkeit in ausdrücklichen oder stillschweigenden Concessionen der Regenten setzen [37]). Und diese letztere Behauptung scheint allerdings gegrün-

36) Kopp Nachricht von der Verfassung der geistl. und Civilgerichte in Hessen-Cassel. Landen I. Th. 3. St. 6. Abtheil. S. 249. ff. HEINECCIUS in Diss. de origine atque indole iurisdict. patrimonialis. Halae 1716. §. 18. u. f. GUNDLING in Protis Dig. h. t. §. 26. p. 149. Riccius vom landsäß. Adel II. Th. Kap. XIX. §. 37. POTGIESSER de Statu Servorum. Lib. II. c. I. §. 33. sqq. und lib. V. cap. II. §. 16. *de* DALWIGK medit. iurid. de iurisdict. patrimon. Ienae 1754. p. 3. Beneckendorf Oeconom. For. I. Th. I. Hauptst. §. 85. Runde teutsch. Privatrecht §. 702.

37) Dieser Meinung sind unter andern LEYSER Specim. XXIX. med. 4. *de* LUDEWIG Diss. de praediat. iurisdict. nobil. Differ. V. PUFFENDORF de iurisdict. germ. P. II. Sect. III. Cap. I. §. 225. *de* LUDOLF Observat. For. obs. CVIII. p. 295. von Buri Erläuterung des in Teutschl. üblichen Lehnrechts IV. Forts. S. 35. ff. *Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Observat.

gegründeter zu seyn. Denn die herrschaftliche Gewalt gab den adelichen Gutsbesitzern blos das Recht zum Dienstzwange, dieser aber ist von der Patrimonialgerichtsbarkeit ganz verschieden, es ist auch nicht erweißlich, daß die Edelleute und andere Gutsherren vermöge ihrer herrschaftlichen Gewalt das Recht gehabt hätten, ihre Bauern vor sich, als ihre Richter, zu laden, und ihre unter einander oder mit Fremden habende Streitigkeiten wider ihren Willen zu entscheiden, sie mußten vielmehr die Untersuchung und Entscheidung derselben der ordentlichen Obrigkeit überlassen. Daher man noch heutiges Tages in verschiedenen Landen, wo noch Leibeigenschaft herrscht, adeliche Gutsbesitzer antrift, welchen keine Patrimonialgerichtsbarkeit zusteht, wie auch diejenigen nicht läugnen können, die die entgegengesetzte Meinung vertheidigen [38]). Dahingegen finden wir in denjenigen Landen, wo man keine leibeigene Bauern gehabt hat, eben so frühe Spuren einer Erbgerichtsbarkeit. Es ist daher mehr glaublich, was der sel. Canzler v. Ludewig [39]) be-

servat. selectior. forens. Specim. I. Obs. 43. pag. 192. KRESS Diss. de variis iurisdict. crim. generib. Cap. II. Obs. V. §. 6. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER in Elem. iuris crim. Sect. I. §. 58. und in Meditat. ad Const. Crim. Carol. Art. II. §. 2. IARGOW in der Einleitung zu der Lehre von den Regalien S. 234. Meister Abh. vom peinl. Processe S. 459. ff. Quistorp im peinl. Rechte 2. Th. §. 563. EISENHART Institut. iur. germ. priv. Lib. IV. Tit. I. §. 6. *de* SELCHOW in Elem. iuris germ. privati hod. §. 290. PÜTTMANN Elem. iuris crim. Lib. II. c. IV. §. 728. Schnaubert im Staatsrechte der gesammten Reichslande §. 322. Lobethan von der Gerichtsbarkeit I. Th. 2. Abschn. 1. Hauptst. §. 6. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 364. ff.

38) POTGIESSER lib. II. cap. I. §. 36.

39) cit. Dissertat. different. V. und in praef. iuris clientel.

behauptet hat, daß die teutschen Landesherren dem niedern Adel zur Vergeltung des von demselben übernommenen Lehensnexus die Patrimonialgerichtsbarkeit verliehen haben, um andere zugleich dadurch anzulocken, ihnen ihre freye Allodien zu Lehn aufzutragen. Hieraus läßt sich wenigstens erklären, warum die Patrimonialgerichtsbarkeit den Adelichen bey ihren Gütern und mit denselben meistentheils als ein Lehn zusteht, bey den Allodialgütern derselben aber nur sehr selten angetroffen wird. Noch eins fällt mir hierbey ein; wenn alle adeliche Herrschaften die Jurisdiction vermöge ihrer herrschaftlichen Gewalt über ihre Leibeigenen gehabt hätten, wozu wäre es nöthig gewesen, in den Provinzen mit nicht geringen Kosten Gaugrafen und Landrichter zu unterhalten [40])? Und wie hätte der Verfasser des Alemannischen Landrechts [41]) sagen können: Niemand mag gesprechen, daß ein Gericht sein aigen sey? Ein Beweiß, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit eine Erscheinung neuerer Zeiten seyn müsse. Denn in den Urkunden des zehnten und eilften Jahrhunderts finden sich noch keine sichere Spuren von derselben. Ob sie indessen noch vor dem dreyzehnten Jahrhundert aufgekommen sey, ist streitig. Lochmann [42]) bemüht sich, solches zu erweisen. Allein die Urkunden, die er anführt, gedenken der Erbgerichte nicht ausdrücklich. Ich nehme diejenige aus, welche er vom

40) Mit dem Ursprunge der adelichen Gerichte kamen in der Folge die sogenannte Landgerichte ab. S. Entwurf einer gründl. Nachricht von den ehemal. Landgerichten in Teutschland.

41) cap. 9. pag 147. nach der Bergerschen Ausgabe.

42) in Diff. de iurisdictione patrimoniali. *Lipsiae* 1766. §. 6.

vom Jahr 1187 anführt [43]). Allein auch diese beweißt vielmehr unsern Satz, daß der Ursprung der Patrimonialgerichtsbarkeit aus landesherrlicher Concesßion herzuleiten sey. Eine Menge Urkunden des dreyzehnten Jahrhunderts läßt uns noch weniger hieran zweifeln [44]). Diese beweisen zugleich, daß vor geschehener Concesßion die Landesherren entweder selbst oder durch ihre Beamten die Gerichtsbarkeit über die Bauern und Leibeigenen der adelichen Gutsherrschaften haben verwalten lassen [45]). Ich übergehe andere Gründe, und bemerke nur noch, daß die so sehr bestrittene Frage, ob im Zweifel die Vermuthung für den Edelmann streite, daß ihm die Gerichtsbarkeit über seine Bauern zustehe? aus jenen Prämissen lediglich zu entscheiden sey. Sie wird von allen denjenigen bejahend beantwortet, welche die Patrimonialgerichtsbarkeit für eine Folge der ehemaligen Leibeigenschaft halten [46]). Von denjenigen aber für den Landesherrn entschieden, welche über den Ursprung der Erbgerichte mit uns einerley Meinung sind [47]). Es muß daher billig der Edel-

43) bey MENCKEN in Scriptor. Rer. Germ. T. I. pag. 589. wo Bischoff Hartwich von Bremen in einer Stiftungsurkunde sagt: Donamus eis etiam Horst et Sture cum banno, decimis et omni iurisdictione.

44) Siehe Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts a. angef. Orte S. 367. Not. a.

45) Eine sehr merkwürdige Urkunde vom Jahr 1302. aus WILCK Ticemanno s. vita Theodorici n. 127. führt Hr. Prof. Biener an in Diss. de iurisdictione ordin. et exemta Cap. II. §. 13. in fine.

46) POTTGIESER a. a. O. §. 47. pag. 339. HEINECCIUS Elem. iur. germ. lib. III. Tit. I. §. 52 — 60.

47) von Buri Erläuterungen des Lehnrechts a. a. O. S. 39. von Selchow Elem. iuris germ. §. 290.

mann, welcher sonst keine Vermuthung für die Befugniß seiner Gerichtsbarkeit anzuführen weiß, als daß die Bauern, worüber er sich solche anmaßt, nach seinem Hofe oder Gute frohnen, oder Zinnß entrichten [48]), beweisen, daß ihm die Gerichtsbarkeit entweder von dem Landesherrn verliehen worden sey, oder daß er solche durch rechtmäsige Verjährung bey seinem Gute hergebracht habe [49]). Die Meinung einiger Rechtsgelehrten, als ob die Patrimonialgerichtsbarkeit gewöhnlich mit den Lehngütern verbunden sey [50]), kann den Vasallen, sofern derselbe vom Landesherrn in Anspruch genommen wird, von der Edition seines Titels nicht befreyen, wenn ihm nicht etwa, wie

48) Man sagt zwar insgemein, wer das Rauchhuhn und den Hofedienst hat, sey für den Gerichtsherrn zu halten, S. Hymm Beyträge zu der juriſt. Litteratur I. Samml. S. 215. und POTTGIESER §. 44. allein schon Grundmann in der Adelshiſtorie Kap. I. S. 17. Not. 1. bestreitet dieses Kennzeichen.

49) Es ist merkwürdig, daß HEINECCIUS in Diss. de orig. et ind. iurisd. patrim. §. XXI. seiner entgegengesetzten Meinung von dem Ursprunge der Patrimonialgerichtsbarkeit ungeachtet, dennoch hierinn völlig mit mir übereinstimmt. Die Art, wie er diese Folge mit seinem Grundsatze in Verbindung bringt, ist folgende. *Cum iurisdictio*, sagt er, *conniventibus principibus ex potestate in rusticos dominica nata sit, atque adeo nulla pro nobilibus militet praesumtio, quod iis concessa sit iurisdictio, merito sibi princeps titulum edi postulat, nec sufficit adeo, quae alias sufficere aliquamdiu solet, nuda possessio.* Allein wer fühlt das Gezwungene dieser Vorstellungsart nicht?

50) BEYER in Delineat. iur. Germ. lib. I. cap. IV. §. 13. WERNHER lect. Commentat. ad Dig. h. t. §. 32.

wie in Mecklenburg und Pommern, die Observanz zu statten kommt [51]).

§. 192.

Beschaffenheit und Umfang der Patrimonialgerichtsbarkeit. Kann der Gerichtsherr seine Unterthanen bey seinem Gerichte belangen?

Die Patrimonialgerichtsbarkeit ist nun ihrer Beschaffenheit nach als eine Zubehörung desjenigen Gutes anzusehen, an welchen sie klebt, und gehört zum Patrimonium des Gutsbesitzers [52]). Dieselbe kann daher ein jeder haben, welcher die Befugniß hat, solche Güter, mit denen sie verbunden ist, zu besitzen. Es kommt nicht in Betrachtung, ob der Besitzer auch die zur Uebernehmung des richterlichen Amtes erforderlichen Fähigkeiten habe. Denn ich rede hier nur von der Patrimonialgerichtsbarkeit an sich selbst, als einem zum Patrimonium gehörigen Rechte, nicht von der Ausübung derselben. Daher kann sie auch Frauenspersonen, Minderjährigen u. s. w. zustehen [53]). Nur muß in einem solchen Falle zur Verwaltung der Patrimonialgerichtsbarkeit von der Gerichtsherrschaft ein Gerichtshalter oder Justitiarius ernannt werden [54]). Sonst hängt es von der Will-

51) MEVIUS P. II. Decis. 314. n. 4. TORNOV de feud. Mecklenburg. Sect. II. cap. 5. §. 5. TADDEL Diss. de iurisdictione patrimoniali sec. iura Mecklenb. *Rostochii* 1765. §. 5. 7. 13.

52) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, I. Th. II. Abschn. §. 23.

53) *Io. Henr.* GRAMS Exercit. de foemina, iurisdictionem patrimonialem habente. *Altorf.* 1706. LOCHMANN Diss. de iurisdict. patrimon. §. VII. pag. 22.

54) Die römischen Gesetze schließen Frauenspersonen vom Richteramte schlechterdings aus. L. 12. D. *de Iudic.* L. *fin.* Cod. *de*

Willkühr des Gerichtsherrn ab, die Gerichtsbarkeit entweder selbst auszuüben, wenn er der Rechte kundig, und die Eigenschaften eines Richters haben sollte, oder dieselbe in seinem Namen von andern ausüben zu lassen [55]). Hiervon wird unten in der Lehre von der iurisdictione mandata (§. 208.) ein mehreres vorkommen.

Die Patrimonialgerichtsbarkeit ist ferner ein veräusserliches Recht, welches auch zu Gelde angeschlagen werden kann [56]). Dieses kann auf eine doppelte Art geschehen; entweder dergestalt, daß die Gerichtsbarkeit mit dem Gute, woran sie haftet, in Anschlag gebracht wird, wie z. B. bey der Verkaufung oder Verpachtung des ganzen Gutes [57]), in welchen Fällen die Erbgerichtsbarkeit unter

de recept. arbitr. Daß aber nach teutschen Rechten die Gerichtsherrin die ihr zustehende Gerichtsbarkeit, insoferne sie die Fähigkeiten und Eigenschaften eines Richters haben sollte, selbst verwalten könne, behaupten *de* LUDEWIG Diss. de praediator. iurisdict. nobilium: differ. X. PAUERMEISTER de iurisdict. lib. II. cap. IX. n. 10. GRAMS cit. Diss. §. 3. ibiq. allegati DD.

55) BROCKES Obs. 362. *Goth.* BARTH Diss. de iurisdictione, quam illustres et nobiles per Officiales exercere solent. *Lipsiae* 1698. et in Vol. Dissert. p. 463. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 374.

56) Eine Hauptschrift ist *Mich.* GRASSI Tract. de modo et iure taxandi iurisdictionem. *Tubingae* 1724. 4.

57) Ist das Gut mit allen Zubehörungen, ohne ausdrückliche Ausnahme der Patrimonialgerichtsbarkeit, verpachtet worden, so ist dieselbe im Zweifel unter dem Pachtcontract mit begriffen. CARPZOV Resp. iuris Lib. V. Tit. III. Resp. 15. n. 5. sqq. et in Disputat. feudal. Cap. IV. §. 24. LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandectar. lib. XIX. Tit. II. §. 20. STRYK Us. Mod. Pandect. eod. lib. et tit. §. 67. Ausserdem hat

unter die nutzbaren Rubriken eines Land- oder Rittergutes zu setzen ist [58]); oder sie wird für sich allein und ohne das Gut taxirt. Denn da diese Art der Gerichtsbarkeit einen Gegenstand des Handels ausmacht, so kann sie auch ohne das Gut einem andern überlassen werden [59]); oder es kann sich der Gerichtsherr bey der Verpachtung oder Veräusserung des Gutes die Gerichtsbarkeit vorbehalten, wodurch der Ertrag oder Werth desselben freylich vermindert wird. Es kommt nun übrigens bey dem Anschlage selbst nicht blos der Nutzen und Ertrag der Patrimonialgerichtsbarkeit z. B. an Sporteln und Geldbussen, sondern vorzüglich auch die damit verknüpfte Ehre und Würde eines Gerichtsherrn in Betracht, wodurch, nach der Meinung practischer Rechtsgelehrten [60]), der Werth der Gerichts-

hat der Pächter die Vermuthung gegen sich. STRYK Cautel. Contract. Sect. II. Cap. IX. §. 11. STRUV Syntagm. iur. feud. Cap. VI. aphor. 18. n. 4. *Iac. Aug.* FRANCKENSTEIN Disp. de locatione iurisdictionis. *Lipsiae* 1747. §. XV.

58) von Benekendorf Auszug aus der Oeconom. Forens. I. Band 1. Hauptst. §. 86. S. 46.

59) MEVIUS P. II. Dec. 314. n. 6. GYLMANN rer. iud. Camer. Imp. lib. II. dec. 35. n. 20. FRANCKENSTEIN cit. Diss. §. XV. und *Gust. Henr.* MYLIUS in Diss. de oppignoratione iurisdictionis. *Lipsiae* 1742. §. XI.

60) GRASSUS cit. Diss. §. IX. LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandect. Lib. XVIII. Tit. I. §. 57. in fin. MÜLLER ad STRUVII Syntagm. Iur. Civ. Ex. XXIII. Th. XIX. Not. δ n. X. Dieser schreibt: *Iurisdictiones praefatum modum ex reditibus aestimandi non admittunt, ut videlicet, pro quinque singulis annis percipiendis centum solvens, iustum pretium dare dicatur: quoniam haec maiori pretio digna sunt, propterea quod iurisdictio etiam dignitatem nobis afferat; Nov. 8. c. 6. in fin. Nov. 15. in fin. praef. ut proinde plus sit trecenta ex iurisdictione capere, quam octingenta ex aliis rebus. Et duo*

ex

richtsbarkeit dergestalt erhöhet wird, daß wenn die Gerichtseinkünfte z. E. des Jahrs nur 200 fl. betragen, dennoch dieselben der Würde halben zu 500 fl. jährlichen Ertrages angeschlagen werden können. Weil jedoch die Jurisdictionsnutzungen unbeständig, und bald steigend bald fallend sind, so ist der Ertrag derselben jederzeit aus mehreren Jahrgängen, z. B. aus einem Ueberschlage von 10 Jahren, zu berechnen, und das Ganze mit der nämlichen Jahrzahl, die man angenommen hat, z. B. mit 10 zu dividiren, um zu wissen, was die Gerichtsbarkeit ein Jahr in das andere ertragen möchte. Dieses jährliche Einkommen wird zum Capital geschlagen, in dem projectirten Anschlag darauf der Calculus gezogen, und als der wahre Werth der Patrimonialgerichtsbarkeit ausgeworfen [61]).

Der Umfang derselben muß, nächst den darüber sprechenden Privilegien, hauptsächlich aus eines jeden Landes Einrichtung und Herkommen beurtheilt werden [62]). In zweifelhaften Fällen ist sie auf die niedere Gerichtsbarkeit einzuschränken, bis ein mehreres erweißlich gemacht werden kann [63]). Jedoch erstreckt sich dieselbe über alle in dem Districte des Gutes wohnende, oder sich aufhaltende

ex iurisdictione qui percipiuntur, centum ex sorte conficiunt, cum ex aliis rebus demum quinque percepti etiam tantum conficiant. Nach diesem Grundsatze hat auch die Tübinger Juristenfacultät gesprochen. Siehe HARPPRECHT Resp. LXXI. n. 46. auch GRASSUS cit. Tract. p. 213. sqq.

61) Beyspiele von solchen Berechnungen findet man bey GRASSUS in dem angef. Tract. pag. 91. et sqq.

62) Pütters Rechtsfälle II. Bandes IV. Theil Resp. 238. n. 100. S. 1047.

63) Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts IV. Buch 2. Hauptst. §. 704.

rende Leute, und sowohl über Bauern und Leibeigene, als über freye und fremde Personen, in sofern nicht etwa ein privilegirter Gerichtsstand eine Einschränkung machen sollte [64]). Allein die Ehefrau und Kinder des Gerichtsherrn sind der Patrimonialgerichtsbarkeit desselben nicht unterworfen [65]). Diesen kommen die Rechte des Gerichtsstandes ihres Vaters und resp. Mannes zu [66]). Der Gerichtsherr selbst aber stehet nicht unter seinen Gerichten, sondern dieser muß, nachdem er amtssäßig oder schriftsäßig ist, entweder vor der höhern Instanz oder vor dem Amte belangt werden [67]).

Ob die Patrimonialgerichtsbarkeit auch in eigenen Ansprüchen des Gerichtsherrn an seine Unterthanen zuständig sey? ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Ich trete ohne Bedenken denen bey, welche dieselbe bejahen [68]),

und

64) *de* BOEHMER in Meditat. in Const. crim. Carol. Art. II. §. 2.

65) CARPZOV P. IV. Const. 43. Def. II. LEYSER Spec. XXIX. med. 6. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts II. Th. §. 564. *Io. Tob.* RICHTER Diss. de filio iurisdictioni paternae patrimoniali non subiecto. Lipsiae 1745.

66) Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 381.

67) *Gottfr. Lud.* MENCKEN in Diss. de iure conveniendi subditos in proprio iudicio. (*Vitemb.* 1717.) §. XXIV.

68) Man sehe MENCKEN in der angef. Diss. §. XI. *Io.* HARTMANN Diss. de iurisdictione in sua et suorum causa. *Ienae* 1719. §. 3. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Diss. de dominis subditos suos in iudicio suo convenientibus. *Halae* 1738. Herr Hofr. Runde in den Grundsätzen des allgem. teutschen Privatrechts §. 705. vorzüglich aber Jac. Gottl. Siebers Abhandl. von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherren, selbst Recht zu sprechen (Göttingen 1783.) II. Buch III. Hauptst. I. Abth. 2. Abschn. §. 264. ff. S. 340. ff.

und glaube, daß diese Meinung der Natur dieser Gerichtsbarkeit, und der Observanz in den meisten teutschen Landen angemessen, auch der Rechtsanalogie nicht zuwider sey. Ich glaube also, daß der Gerichtsherr seine Gerichtsunterthanen bey seinem eigenen Gerichte ohne Unterschied der Sachen belangen könne, wenn er demselben einen Gerichtshalter vorgesetzet, und ihn in besondern Eyd und Pflicht auf eine unpartheyische Gerichtspflege gehörig genommen hat. Die Hauptgründe der entgegengesetzten Meinung [69]) sind, daß niemand in seiner eigenen Sache Richter seyn könne [70]), der Gerichtshalter seines Principals Person vorstelle, und wenigstens demselben die Vermuthung der Partheylichkeit entgegen stehe. Allein aus dem erstern Grunde folgt nur so viel, daß der Gerichtsherr nie Urtheiler und Parthey zugleich seyn dürfe. Er muß sich daher freilich alles Einflusses auf die Direction und Entscheidung des Processes enthalten. Nur unter diesen Umständen würde die *L. un. Cod. ne quis in sua causa iudicet* gegen ihn Anwendung finden, wo es heißt: generaliter lege decernimus, neminem sibi esse iudicem, vel ius sibi dicere debere: in re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae. Allein unrichtig ist es gänzlich, daß der Gerichtshalter in einem solchen Falle Richter in seiner eigenen Sache sey, da er im Grunde davon weder Vortheil noch Schaden hat, und es ihm natür-

69) Unter den neuern Rechtsgelehrten hat sich vorzüglich Herr Reg. R. Eichmann in seinen Erklärungen des bürgerlichen Rechts IV. Th. S. 384. diese Meinung zu vertheidigen angelegen seyn lassen.

70) *L.* 10. *D. de iurisdict. L. un. C. ne quis in sua causa iudicet, vel ius dicat. L.* 6. *Cod. an servus pro suo facto post manumissionem teneatur.*

türlich gleichgültig seyn muß, ob der Unterthan oder sein Herr den Proceß gewinne. Und wenn er gleich von dem Gerichtsherrn bevollmächtiget ist, das Gericht zu halten, und er also mit demselben für einerley Person anzusehen seyn möchte: so fällt doch die daher geleitete Folge von selbst weg, indem er ja darauf beeydiget ist, nach seiner Ueberzeugung Recht zu sprechen. Hierdurch erlediget sich zugleich der aus einer Vermuthung der Partheylichkeit entlehnte Grund von selbst. Nicht zu gedenken, daß es schon an sich unbillig ist, aus einer etwa möglichen Furcht, die Gnade seines Herrn, durch ein gegen ihn gesprochenes Urtheil zu verscherzen, gegen die Rechtschaffenheit eines in Pflichten stehenden Mannes ein Argument herzuleiten. Gesetzt indessen, der Gerichtshalter wollte auch seinem Gerichtsherrn favorisiren, und ihm eine unbillige Forderung zuerkennen, was würde ihm dieses helfen? Denn ohne Zweifel wird der verlierende Unterthan dagegen ein Rechtsmittel einwenden, und der Oberrichter wird das partheyische Erkenntniß sofort abändern. Nach der entgegengesetzten Meinung würde überdem der Gerichtsherr seine Unterthanen gegen die Regel: actor sequitur forum rei in seinem Forum belangen müssen [71]), und sie würden dadurch um das Recht der ersten Instanz kommen. Zuletzt bestätigen meine Meinung auch verschiedene Landesordnungen ausdrücklich [72]), und der Gerichts-

71) PUFFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 88. §. 1. behauptet auch dieses wirklich; allein zu dieser Ausnahme ist kein genugsamer Grund vorhanden.

72) z. B. die Sächsische Proceßordn. Kap. 2. §. 3. Magdeburgische Proceßordn. Kap. 1. §. 7. N. Preußisch. Gesetzb. I. Th. Abth. 3. Tit. 5. Abschn. 1. §. 28. Von den Hannöverschen Landen bezeugt es

richtsgebrauch nimmt sie gleichfalls an [73]). Ob nun gleich aus den angeführten Gründen der Gerichtshalter keine Nichtigkeit begeht, wenn er das Erkenntniß in Sachen seines Gerichts-Principals selbst abfaßt und eröffnet [74]), insoferne nicht etwa in den Landesgesetzen ausdrücklich befohlen seyn sollte, die Acten zur Abfassung eines Urtheils an eine unausgenommene Juristen-Facultät oder an ein Obergericht einzusenden; so ist es doch wenigstens der Klugheit gemäß, wenn der Gerichtshalter in dergleichen Fällen nicht selbst das Urtheil macht, sondern desselben Abfassung andern überläßt. Eine Cautel, die auch Hellfeld empfiehlt, wenn er gleich in der Hauptsache seine Meinung auf einen verworfenen Satz gebauet hat.

Uebrigens pflegen die Erbgerichte des Adels auf dem Lande noch mit verschiedenen Neben-Rechten verbunden zu seyn, welche theils aus der Natur der Leib- oder Gutsherrschaft, theils aus der auf dem Lande allemal dem Gerichtsherrn mit überlassenen Policey, theils aus besonderm Herkommen herrühren. Von diesen mancherley

Sieber in der angef. Abhandlung §. 269. und von der Mark BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 10. D. de Iurisdict. n. 7.

73) BERLICH Decis. CIX. n. 9. BRUNNEMANN Consil. CXLVI. vol. 2. SCHILTER Prax. iur. Rom. in for. Germ. Exerc. VI. §. 16.

74) Sieber in der angef. Abhandlung §. 271. Wenn LEYSER Spec. LXVIII. m. 4. aus Carpzov, Ziegler und Zanger beweisen will, daß der Gerichtshalter in des Gerichtsherrn Sache nicht selbst erkennen dürfe; so kann deren Zeugniß, da sich solches blos auf die Sächsische Proceßordnung gründet, in Absicht derjenigen Länder, wo das gemeine Recht gilt, von keiner Gültigkeit und Stärke seyn.

cherley Rechten haben jedoch Carl Rudolph Gräfe [75], und Herr Prof. Westphal [76] schon ausführlich gehandelt.

§. 193.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die freywillige (voluntaria) und streitige (contentiosa).

Man theilt ferner die heutige Gerichtsbarkeit

II. nach Verschiedenheit der Sachen, welche sie zum Gegenstande hat, in die sogenannte freywillige (iurisdictio voluntaria) und die streitige (contentiosa) ein [77]. Diese hat die Untersuchung streitiger Rechtshändel, deren Entscheidung und Vollstreckung, jene hingegen solche Geschäfte zum Gegenstande, welche entweder die Einwilligung oder die Beglaubigung des Richters, ohne allen Rechtsstreit, erfordern. Wir finden zwar die Benennungen iurisdictio contentiosa und voluntaria auch in unserm römischen Gesetzbuche [78], und

75) Diss. de iuribus praecipuis et singularibus iurisdictionis patrimonialis. *Lipsiae* 1730.

76) teutsches Privatrecht I. Th. 7te Abhandl. S. 82 und folgg. Man vergleiche auch Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts IV. Theil S. 396. folgg.

77) S. Wolfg. Adam Lauterbachs Tract. de voluntaria iurisdictione. Tübingen 1658. und *Io. Ern.* SCHROETER Diss. de divisione iurisdictionis in voluntariam et contentiosam. *Erlangae* 1747. EIUSDEM Diss. de proprietatibus voluntariae iurisdictionis. *Erlangae* 1748. Letzter verwirft diese ganze Eintheilung, allein ohne genugsamen Grund.

78) *L. 2. D. de Offic. Proconf.* Omnes Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem. Sed non CONTENTIOSAM sed VOLUNTARIAM: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi; et adoptiones fieri.

es läßt sich also wohl nicht behaupten, daß diese Eintheilung den Römern ganz unbekannt gewesen sey. Allein ob sie sich mit dem eigentlichen Begriffe der römischen Jurisdiction (S. 4.) vertrage, und ob die Römer den heutigen Begriff der freywilligen Gerichtsbarkeit mit ihrer iurisdictio voluntaria verbunden haben? ist eine Frage, die billig zu verneinen ist. Denn alle römische Jurisdiction im eigentlichen Sinne dieses Worts, ist eine streitige Gerichtsbarkeit. Die voluntaria iurisdictio hingegen ist nichts als legis actio, welche, wie ich oben (S. 9.) gezeigt habe, von dem, was man eigentlich iurisdictio nannte, ganz verschieden war, und von besonderer Concession abhieng. Nur der einzige Marcian braucht jenen Ausdruck, und nimmt das Wort iurisdictio im uneigentlichen Verstande. Zur iurisdictio voluntaria der Römer gehörten blos solche Rechtshandlungen, die weder eine umständliche Untersuchung noch einen Gerichtszwang erfordern [79]). Daher konnte der Proconsul diese Art der Jurisdiction, ausserhalb der Stadt Rom, überall ausüben, hingegen die eigentliche iurisdictio und imperium nur in der ihm angewiesenen Provinz. Ulpian [80]) sagt: Proconsul ubique quidem proconsularia insignia habet, statim atque Urbem egressus est, *potestatem* autem non exercet, nisi in ea provincia sola, quae ei decreta est; und an einem andern Orte [81]): nec enim ei prius competit *iurisdictio*, quam in eam provinciam venerit. Allein zur heutigen so genannten freywilligen Gerichtsbarkeit rechnet man mehr als

79) z. B. Emancipation, Manumission, Adoption. S. CAMPIANI de officio et potest. Magistratuum Rom. et iurisdictione pag. 269. GEBAUER in Diss. de iurisdictione Cap. I. §. VI.

80) *L. 1. D. de Offic. Procons.*

81) *L. 4. §. 6. D. eodem.*

als legis actio. Zu ihr gehören auch solche Gerichtshandlungen, die die Römer zum mixto imperio rechneten. Z. B. gerichtliche Versiegelung und Verfertigung eines Güterverzeichnisses; Einsetzung in den Besitz einer Erbschaft nach dem Edict des Prätors, in sofern von einer bloßen Agnition der bonorum possessio, worüber kein Rechtsstreit obwaltet, die Rede ist u. d.; Ferner solche nicht streitige Rechtshandlungen, welche ausser der obrigkeitlichen Einwilligung eine vorgängige Untersuchung erfordern, z. B. ein Vergleich über zukünftigen Unterhalt; die Veräusserung eines Grundstücks, welches einen Minderjährigen zugehört.

Diese freywillige Gerichtsbarkeit, deren Ausübung nach der heutigen Gerichtsverfassung immer mit der ordentlichen bürgerlichen Gerichtsbarkeit verbunden ist, (S. 16.) ist nun von doppelter Art. Entweder eine schlechterdings freywillige, (iurisdictio voluntaria mera) oder eine gemischte freywillige Gerichtsbarkeit (iurisdictio voluntaria mixta); je nachdem der Richter entweder ohne alle Untersuchung dasjenige verrichtet, was von Gerichtswegen zu verrichten ist, oder erst nach vorhergegangener Untersuchung die obrigkeitliche Bestätigung erfolgt. Daher werden die freywilligen Gerichtshandlungen in die schlechterdings freywilligen, und in die gemischten eingetheilt[82]).

82) S. Dan. Nettelbladts Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit (Halle 1784. 8.) I. Th. I. Buch I. Tit. §. 14. ff. Just. Claproths theoretisch-practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. Göttingen 1789. 8. und Hrn. von Trützschlers Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze insonderheit über Handlungen der willführ.

I. Die schlechterdings freywilligen Gerichtshandlungen sind von verschiedener Art.

A) Einige sind so beschaffen, daß die richterliche Bestätigung, als vorgeschriebene Form, zur Gültigkeit derselben erfordert wird. Nach gemeinen Rechten gehören dahin die Loslassung der Kinder aus der väterlichen, die Freylassung der Leibeigenen aus der herrschaftlichen Gewalt, die Annehmung an Kindesstatt, soweit sie keine umständliche Untersuchung erfordert, sondern auf das bloße Ansuchen der Partheyen bestätiget werden kann. Nach der Vorschrift verschiedener teutscher Landesgesetze auch die Bestätigung der Hypothecken, und der Veräusserungen unbeweglicher Bürger- und Bauern-Güter.

B) Andere Handlungen der blos willkührlichen Gerichtsbarkeit erfordern die gerichtliche Ausfertigung nicht nothwendig zu ihrer Gültigkeit, sondern werden nur des öffentlichen Glaubens wegen an den Richter gebracht. In diese Classe gehören z. B. die Ertheilung obrigkeitlicher Zeugnisse, die gerichtliche Bestellung eines Bevollmächtigten, die gerichtliche Ueberreichung oder Aufnahme und Eröffnung der Testamente, die freywillige öffentliche Versteigerung, die Versiegelung und Verfertigung eines Güterverzeichnisses u. s. m.

II. Die Handlungen der gemischten willkührlichen Gerichtsbarkeit sind ebenfalls nach ihrem Endzweck verschieden.

A) Sol-

---

kührlichen Gerichtsbarkeit. 2 Theile, zweyte vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig 1786. 8. Diesen ist beyzufügen *Wolder* SCHELE Diss. de auctoritate iudicis in variis actibus privatis adhibenda. *Ultraiecti* 1727. 4.

A) Solche, bey denen die gerichtliche Behandlung zum Besten derjenigen eingeführt ist, welche ihre Sachen und Geschäfte nicht selbst besorgen können. Dahin gehören die Entlassung eines arrogirten Unmündigen aus der väterlichen Gewalt; die Bestellung der Vormünder für Unmündige und Minderjährige; die von Vormündern oder Curatoren vorzunehmende Veräusserung oder Verpfändung der ihren Pflegbefohlnen zugehörigen liegenden Güter; u. d. m.

B) Andere gemischt willkührliche Gerichtshandlungen erfordern um des gemeinen Bestens willen die richterliche Cognition und Einwilligung. Z. B. der Vergleich über zukünftigen Unterhalt; Schenkungen unter den Lebenden über mehr als 500 Ducaten; Verträge, welche in das landesherrliche Interesse einschlagen ꝛc.

C) Noch andere Geschäfte haben die Vorsorge für die Kinder erster Ehe zur Absicht. Hierher gehören die Einkindschaft, die Absonderung oder Abfindung der Kinder erster Ehe [83]).

Ich bemerke nur noch zum Beschluß, daß im zweifelhaften Falle eine rechtliche Handlung für eine solche zu halten sey, welche zu der gemischten freywilligen Gerichtsbarkeit gehört [84]).

83) S. dieses Commentars 2. Theil §. 161. Not. 99. S. 399. folg. Man vergleiche übrigens Claproth in dem angeführten Buche §. 10. u. 11.

84) Herr von Trützschler in dem angef. Buche I. Th. I. Hptabtheil. §. 7.

§. 194.

Unterschied zwischen Handlungen der ganz freywilligen und gemischten freywilligen Gerichtsbarkeit.

Um die Eigenschaften und Erfordernisse der freywilligen Gerichtshandlungen zu bestimmen, kann uns das römische Recht nicht überall zur Richtschnur dienen. Denn die Vorschriften desselben haben insgemein die römische legis actio zum Grunde, die doch von der heutigen, sogenannten freywilligen Gerichtsbarkeit ganz verschieden war. Es ist daher ein unverzeihlicher Fehler, den auch große Rechtsgelehrte nicht genug vermieden haben, wenn man dasjenige, was der römischen legis actio eigen, oder wohl gar nur Vorrecht einer solchen Magistratsperson war, der diese legis actio zustand, heut zu Tage für allgemeine Eigenschaften der willkührlichen Gerichtsbarkeit ausgeben, und hiernach die Befugnisse des heutigen Richters bestimmen will; oder wenn man dasjenige, so die römischen Gesetzgeber nur bey einzelnen Handlungen der iurisdictio voluntaria aus besondern Gründen eingeführt haben, jetzt bey allen Handlungen der heutigen freywilligen Gerichtsbarkeit zur Regel machen will. Man hat daher, in soferne die veränderte Gerichtsverfassung keine Anwendung der römischen Gesetzgebung erlaubt, vielmehr auf die Natur der heutigen Gerichtsbarkeit sowohl, zu welcher heutiges Tages auch die freywilligen Gerichtshandlungen, als Zubehörungen, gerechnet werden, als auf den Endzweck und die Absicht zu sehen, warum sie an den Richter gebracht werden. Hieraus muß Competenz des Richters, Art und Zeit ihrer Vornahme bestimmt werden. Dieses vorausgesetzt, so ist nun

I) soviel die Handlungen der gemischten freywilligen Gerichtsbarkeit anbetrift, ausser zweifel:

a) daß

a) daß sie nicht von einem jeden Richter vorgenommen werden können, sondern den competenten oder gehörigen Richter erfordern [85]). Denn eine Untersuchung, dergleichen bey diesen Gerichtshandlungen nöthig ist, ist ohne Gerichtszwang kaum denkbar. Unter dem competenten Richter verstehe ich denjenigen, welcher zur Anstellung der Untersuchung in Ansehung des vorliegenden Geschäfts berechtiget ist. Dieser ist entweder der Richter des Wohnorts, unter welchem die Person stehet, zu deren Besten die Untersuchung geschehen soll; oder derjenige Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit die Sache gelegen ist, an welcher Jemand Rechte erwerben will, die er ohne jenes Mitwirkung nicht erwerben kann.

b) Sie erfordern ein gehörig besetztes Gericht. Daß sie gerade an dem Orte, wo das Gericht gewöhnlich gehalten wird, vorgenommen werden müssen, ist nicht nöthig. Sie können auch an einem jeden andern schicklichen Orte gültig unternommen werden; wenn es nur innerhalb der Gerichtsgränzen des Richters geschiehet, vor welchen sie gehören. In soferne ist daher die Regel allerdings richtig, daß, wo der Richter und die zur Formirung des Gerichts erforderliche Personen vorhanden sind, daselbst auch das Gericht sey [86]). Es muß jedoch das Gericht, wenn die Sache nicht an gewöhnlicher Gerichtsstelle, sondern

85) L. 105. D. *de Reg. Iur.* L. 5. §. 12. D. *de reb. eor. qui sub tut. sunt.* L. 16. Cod. *de praed. et aliis reb. minor.* S. Claproth a. a. O. §. 13. S. 14. am Ende u. folg.

86) Claproth a. a. O. §. 14. von Trützschler a. a. O. §. 5. Nettelbladt im angef. Buche §. 38. Ge. BEYER de expeditione actuum iudicial, extraiudiciali et in loco privato, Vit. 1711.

sondern in einem privat Hause vorgenommen werden soll, gebührend um eine Deputation ersuchet werden [87]).

c) Selbige können, der Regel nach, an keinem Feyertage vorgenommen werden, es wäre denn, daß nur von menschlichen Ferien die Rede ist, oder bey dem Verzuge Gefahr eintritt [88]). Endlich

d) sie dürfen den Richter nicht selbst angehen. Denn niemand kann in seiner eigenen Sache eine solche legale Untersuchung anstellen, wovon die Gültigkeit einer Rechtshandlung abhängt. Keinem Richter ist es daher erlaubt, sich selbst zum Vormund zu bestellen, oder, als Vormund, sich selbst das Decret zur Veräußerung eines seinem Pupillen zugehörigen Grundstücks zu ertheilen [89]). In solchen Fällen muß die Sache von den übrigen dabey nicht interessirten Mitgliedern des Gerichts, oder wenn es auch daran fehlen sollte, von dem nächsten Oberrichter vorgenommen werden [90]).

So unstreitig alle diese Sätze sind, so viele Widersprüche treffen wir im Gegentheil in der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten von den Proprietäten der blos frey-

87) Claproth a. a. O. GEBAUER Diss. de iurisdictione Cap. II. §. 4. p. 59.

88) *L.* 1. §. 1. *L.* 6. *D. de feriis. L.* 7. *L.* 10. *et* 11. *Cod. eodem.* Rettelbladt im angef. Buche I. Th. §. 27. Claproth a. a. O. §. 15.

89) *L. un.* §. 2. *D. de offic. Consul. L.* 5. *D. de offic. Praesid. L.* 4. *D. de tutor. et curator. dat.* Conf. *Io. Henr.* BERGER Diss. de potestate personae publicae in se ipsam. (*in Dissertat. iurid. select. Lipsiae* 1707.) §. 16. et 17.

90) *L. un.* §. 2. *D. de off. consul. L.* 19. §. 1. *D. de tutor. et curat. dat.* Claproth §. 13.

freywilligen Gerichtshandlungen an. Man behauptet,

1) daß dieselben vor einem jeden, auch incompetenten Richter geschehen könnten. Allein so allgemein läßt sich dieses nicht annehmen. Es ist vielmehr nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten ein Unterschied zu machen, ob diese Handlungen von der Art sind, daß sie nach Vorschrift der Gesetze nothwendig vor Gericht behandelt werden müssen, wenn sie die darinn bestimmten Wirkungen hervorbringen sollen; oder ob sie nur blos darum an den Richter gebracht werden, daß sie öffentlichen Glauben erhalten sollen. Handlungen der letztern Art können vor einem jeden ordentlich bestellten Civilgerichte vollzogen werden. Z. B. die Auf- nnd Annahme der Testamente [91]); die gerichtliche Bevollmächtigung; die Bestätigungen der Verträge, die blos persönliche Verbindlichkeiten betreffen ꝛc. Bey den schlechterdings freywilligen Handlungen der ersten Art hingegen kommt es darauf an, ob sie an einen bestimmten Richter

91) Bey den Römern mußte zwar die gerichtliche Insinuation der Testamente in Rom selbst bey dem Magister Census, in den Provinzen aber beym Präses, oder einer Municipalobrigkeit, oder defensor civitatis geschehen; keine andere Obrigkeit war zur Aufnahme der Testamente authorisirt, als diejenige, zu deren Ressort die Schatzung der Bürger gehörte. *L.* 18. *L.* 23. *Cod. de Testam. L.* 4. *Cod. Theod. eod. L.* 2. *C. Th. de denunc. Nov. XV.* IUSTIN. cap. 3. S. GEBAUER Diss. de iurisdictione Cap. I. §. 7. *Io. Christ.* BALSER lib. sing. de forma testamenti iudicialis externa. (*Giessae* 1745. 4.) Cap. I. §. 15. sqq. *Franc. Car.* CONRADI Diss. de testamento publico, quod fit apud acta. §. 6. et 11. und *Ge. Sam.* MADIHN Diatr. de validitate testamenti non rite oblati. (*Halae* 1771. 4.) §. XI. sqq. Allein daß dieses heut zu Tage nicht mehr Statt finde, versteht sich von selbst. S. PUFFENDORF lib. de iurisdictione germanica Part. I, cap. IV. §. 57.

Richter entweder ausdrücklich, oder stillschweigend, nämlich nach der Absicht und Endzweck des Gesetzgebers gewiesen sind, oder nicht. Letztere können ebenfalls von jedem sonst fähigen Richter vorgenommen werden. Erstere hingegen müssen vor dem competenten Richter vollzogen werden [92]). So ist z. B. die gerichtliche Auflassung des Eigenthums an unbeweglichen Gütern da, wo sie hergebracht ist, vor demjenigen Richter vorzunehmen, unter dessen Gerichtsbarkeit solche Grundstücke gelegen sind. Bey eben diesem Richter muß auch die Einwilligung zur Verpfändung unbeweglicher Güter in denjenigen Landen gesucht werden, wo dergleichen Sachen nicht ohne richterlichen Consens verpfändet werden können [93]). Die Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt hingegen ist vor dem Richter des Aufenthaltsorts vorzunehmen [94]).

Man behauptet ferner

2) daß ein Richter Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit aller Orten, wo er deshalb angegangen wird, mithin auch ausser dem Bezirke seiner Jurisdiction, gültig vornehmen könne [95]). Denn es komme

bey

92) Rettelbladt a. a. O. §. 35. Claproth a. a. O. §. 13. S. 14. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts IV. Theil. §. 194. S. 418. folgg.

93) LAUTERBACH Tract. de voluntaria iurisdictione §. XXVIII. PUFFENDORF de iurisd. germ. c. 1. §. 60.

94) Siehe dieses Commentars 2. Theil, §. 161. S. 376. u. folg.

95) LAUTERBACH Colleg. Th. Pract. Pandectar. h. t. §. 10. und in Diss. de voluntaria iurisdictione §. 51. BERGER in Elect. Disceptat. Forens. P. II. pag. 28. Ebenderselbe in Oecon. Iuris lib. IV. Tit. III. §. 1. Not. 2. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXIX. med. 2. CANNGIESSER in Decis.

bey solchen Handlungen nur auf die öffentliche Beglaubtigung an. Die fides publica eines Richters, als eines völligen Zeugens, aber sey auch ausserhalb seines Gerichtssprengels nicht zu bezweifeln [96]). Man beziehet sich überdem noch auf verschiedene Gesetzstellen, in welchen gesagt wird, daß ein Proconsul auch ausserhalb der ihm angewiesenen Provinz Manumissionen und Adoptionen bestätigen könne [97]). Daraus zieht man die Folge, daß ein Richter auch ausser seinem Gerichtsbezirke in einem fremden Territorium Testamente gültig auf- und annehmen könne [98]). Allein diese Meinung ist noch vielen Zweifeln unterworfen. Denn erstens ist einem Richter den Rechten nach die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit blos in seinem Gerichtsbezirke verstattet. (S. 44.) Er ist ausser demselben nach deutlicher Verordnung der Gesetze keine öffentliche, und mit Gerichtsbarkeit versehene Per-

son

cis. Summ. prov. Sen. Hass. Tom. II. dec. CCCXV. n. 4. *Frid. Esaias* PUFFENDORF in libr. de iurisdictione germanica P. I. Cap. IV. §. 70. sqq. pag. 95. und andere mehr.

96) BOEHMER Consultat. Tom. II. Part. I. Resp. DCXLVII. Nr. 22.

97) *L.* 36. *§.* 1. *D. de adoptionib. L.* 2. *D. de offic. Proconf. L.* 17. *pr. D. de manumiff. vindicta.*

98) Man sehe CARPZOV Part. III. Decis. 293. n. 14. sqq. STRYK de cautelis testamentor. Cap. VII. §. 36. MEVIUS Part. III. decis. 195. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CCCLIV. med. I. PUFFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 232. SCHORCH Sentent. et Respons. Erford. resp. 27. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. III. Stück. Nr. 13. S. 134. *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. Part. I. Consil. XXXVII. Quaest. I. pag. 421. sqq. u. a. m.

son [99]). Wie kann er also Handlungen, die vor ihm auſſer ſeinem Gerichtsdiſtricte geſchehen ſind, einen öffentlichen Glauben beylegen, den er ſelbſt nicht hat? Zum andern iſt gegen die heutige Anwendbarkeit der für dieſe Meinung angeführten Stellen des römiſchen Rechts nicht wenig einzuwenden. Sie reden alle vom römiſchen Proconſul, mit deſſen Gewalt ſich die Auctorität unſerer heutigen Richter wohl ſchwerlich aufwägen läßt. Es war ein unſtreitig anerkanntes Vorrecht des Proconſuls, daß ihm, ſobald er von Rom abgereiſet war, überall die legis actio zuſtand, wenn er ſich auch auſſer der ihm angewieſenen Provinz aufhielt. Sein Anſehen war, auſſerhalb Roms, in jeder Provinz geltend. Ulpian verſichert uns davon, wenn er *lib. I. Diſputationum* [100]) ſagt: Proconſul ubique proconſularia inſignia habet, ſtatim atque Urbem egreſſus eſt. Folglich, wo ihm ſeine ſechs Fasces [1]) hin begleiteten, da ſtellte er eine öffentliche mit der legis actio verſehene Perſon vor. Ein ſolches unbeſchränktes Anſehen hatte kein anderer Präſes einer Provinz. Dieſer galt, nach dem Zeugniß des Paulus [2]) auſſer ſeiner Provinz nur als eine Pri-

vat-

99) *L. ult. D. de iurisdict. L. ult. D. de officio Praefect urbi. L. 3. D. de offic. Praeſidis.* ENGAU P. II. Deciſ. LXXV. n. 10. 11.

100) *L. 1. D. de offic. Proconſ.* Hier verdienen beſonders nachgeſehen zu werden BALSER in libro ſing. de forma teſtamenti iudicialis externa Cap. I. §. 13. ſqq. und *Ge. Sam.* MADIHN in Diatr. de validitate teſtamenti non rite oblati. §. 19. pag. 69.

1) *L. 14. D. de off. Proconſ.*

2) *L. 3. D. de offic. Praeſidis.*

vatperſon, und hatte auſſer derſelben keine legis actio 3). Nächſtdem aber darf nicht unbemerkt bleiben, daß die iurisdictio voluntaria bey den Römern nicht zur eigentlichen Jurisdiction gehörte, ſondern in einer der Magiſtratsperſon durch ein beſonderes Geſetz übertragenen Gewalt beſtand. Sie konnte alſo auch nicht nach den Grundſätzen, die von der Jurisdiction galten, beurtheilt werden. Da nun aber nach der teutſchen Gerichtsverfaſſung Handlungen der ſo genannten freywilligen Gerichtsbarkeit zu der eigentlichen Gerichtsbarkeit gerechnet werden, die jeder ordentliche Civilrichter, als Richter, vorzunehmen berechtiget iſt, ſo muß nothwendig, was vom Ganzen gilt, auch von dieſer Gattung der Gerichtsbarkeit um ſo mehr gelten, da es ein ſträflicher Eingriff in eine fremde Gerichtsbarkeit, ja ſogar eine Verletzung der Landeshoheit ſeyn würde, wenn ein Richter, auſſer ſeinem Gerichtsſprengel, und wohl gar in einem andern Lande actus voluntariae iurisdictionis exerciren wollte 4).

Und

3) L. 17. D. *de offic. Praeſid.* Confer. GEBAUER in Diſſ. de iurisdictione Cap. I. §. 6. et *Io. Ern.* SCHROETER in Diſſ. de proprietatibus voluntariae iurisdictionis. (*Erlangae* 1748.) §. 3.

4) Mit mir ſtimmen überein *Adam Frid.* GLAFEY in Diſſ. de iurisdictione voluntaria extra territorium non exercenda. Lipſiae 1719. *Tob. Iac.* REINHARTH Diſſ. de iudice iurisdictionem voluntariam extra territorium perperam exercente. *Erfordiae* 1734. Ebenderſelbe in Obſervat. ſelect. ad Chriſtinaeum Vol. IV. Obſ. 15. *Sam. de* COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in Notis ad Eundem not. i. et k. pag. 156. ſq. *Io. Tob.* RICHTER Diſſ. de teſtamento a iudice incompetente in territorio alieno condito invalido. *Lipſiae* 1752. §. 4. ſqq. GEBAUER Diſſ. de iurisdictione Cap. II. §. 4. Schmidt Rechtsſprüche I. Abſchn. 2. Gutachten. Rettelbladt practiſche Rechtsgelahrheit I. Th.

Und wenn gleich Berger [5]) seine Meinung noch durch eine vorgegebene stillschweigende Convention der Reichsstände zu unterstützen sucht, so ist doch dieß eine bloße Chimäre, die sich eben so wenig, als ein allgemeiner Gerichtsgebrauch, beweisen läßt [6]). In Churſachsen [7]) und in den preussischen Staaten [8]) ist jedoch die Meinung gesetzlich bestätiget worden, daß ein Richter ausser seinem Jurisdictionsbezirke actus voluntariae iurisdictionis, dergleichen die Aufnehmung eines Testaments und andern letzten Willens ist, rechtsgültig exerciren könne.

Man behauptet ferner

3) daß Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit zu jeder Zeit, mithin auch an Gott geheiligten Feyer-

I. Th. I. Buch 4. Tit. §. 36. Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen. I. Abschn. §. 13. S. 15. Schnaubert Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. II. Th. N. II. §. 6. S. 114. folg. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts 4. Th. S. 407. folgg. u. a. m.

5) Elect. Disceptat. Forenſ. P. II. pag. 28.

6) Den Wahn einer vorgegebenen allgemeinen Praxis hat besonders RICHTER in der angef. vortreflichen Dissertation §. IX. gegen Carpzov sehr ausführlich widerlegt.

7) Vi *Deciſ. elect. noviſſ. d. a.* 1746. in *Cod. Auguſt. Supplem.* Tom. I. pag. 351. Es ist jedoch in den Worten dieser Constitution nur der Fall einer Testamentsaufnahme entschieden worden. S. HOMMEL in Promtuar. Iur. *Bertochian.* ſ. v. teſtamentum iudiciale, und *Io. Ern. Iuſt.* MÜLLER in Obſervat. pract. ad *Leyſeri* Meditat. ad Pand. Tom. I. Faſc. 2. Obſ. 126. Eichmann a. a. O. S. 415.

8) vi *Reſcripti de* 19. *Febr.* 1788. In des Hrn. KammergerichtR. Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. II. Band (Berlin und Stettin 1788. 8.) S. 265. u. folgg.

Feyertagen, vorgenommen werden könnten [9]). Allein als allgemeine Regel läßt sich auch dieser Satz nicht annehmen. Die L. 8. C. de Feriis, worauf man sich gemeiniglich beruft, enthält nur Ausnahmen, welche eine entgegengesetzte Regel in den nicht ausgenommenen Fällen bestärken. Die Worte lauten folgendergestalt: Actus omnes, seu publici sunt seu privati, diebus quindecim paschalibus conquiescant. Dieß ist die Regel, von welcher nun folgende Ausnahmen gemacht werden. In his tamen et *emancipandi* et *manumittendi* cuncti licentiam habeant: et super his acta non prohibeantur. Ein anders schon vorherstehendes Gesetz erlaubte die Emancipation und Manumission auch am Sonntage [10]). Der Grund hiervon war, weil man glaubte, daß jene Handlungen fromme wohlthätige Absichten zum Grunde hätten [11]). Dieser Grund paßt nun aber freylich nicht auf alle Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit. Folglich läßt sich auch hieraus keine allge-

9) LAUTERBACH Diss. de Feriis §. 21. Allein in Diss. de voluntaria iurisdict. §. 52. hat er die richtigere Meinung angenommen.

10) *L. 2. Cod. de feriis.* Jedoch ist die Aechtheit dieses Gesetzes nicht ganz ausser Zweifel, denn in den ältesten Handschriften des Codex ist es nicht zu finden. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theodos. de Feriis. STRYK Us. Mod. Pandect. lib. II. Tit. XII. §. 14. und BERGER in Resolutionib. Legum obstantium lib. II. Tit. XII. Qu. 3. pag. 61.

11) Es erhellet dieses ganz deutlich aus *L. 1. Cod. Theod. de Feriis*, in welcher erlaubt wird, *ea, quae sunt maxime* VOTIVA, d. i. wie es *Iac.* GOTHOFREDUS in Notis ad h. L. erklärt, quae votis maxime expetuntur, am Sonntage vorzunehmen.

allgemeine Regel herleiten. Ich bin daher der Meinung, daß auch Sachen der blos willkührlichen Gerichtsbarkeit zwar ohne Bedenken in den menschlichen Ferien, an Gott geheiligten Feyertagen aber nur alsdann, wenn entweder die Gesetze eine gewisse Handlung der ihr beywohnenden Frömmigkeit wegen besonders begünstigen, oder eine Gefahr des Verzugs vorhanden ist, gültiger Weise vorgenommen werden können [12]). Endlich

4) nimmt man insgemein zur Regel an, daß bey Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit ein Richter in seiner eigenen Sache das richterliche Amt verwalten könne [13]). Allein richtiger schränken die neuern Rechtsgelehrten [14]) diesen Satz auf solche blos freywillige Gerichtshandlungen ein, welche entweder gar nicht in der

12) *Cap.* 5. X. *de feriis* — nisi necessitas urgeat, vel pietas suadeat. Vid. COCCEJI Ius Civ. Controv. lib. II. Tit. XII. Qu. 6. *I. E. B.* EMMINGHAUS in Notis ad Eundem Tom. I. pag. 204. not. z. *Io. Bern.* MÜLLER Diss. de invaliditate actuum voluntariae iurisdictionis in feriis divinis celebratorum. *Giessae* 1741. *Io. Ulr. de* CRAMER Tr. de actibus voluntariae iurisdictionis in feriis divinis non permissis, in EIUS *Opusculis* Tom. II. Nr. 13. SCHROETER in Diss. de proprietatibus voluntariae iurisdictionis §. 4. Nettelbladt im angef. Buche §. 27. Claproth §. 15.

13) LAUTERBACH Diss. de iurisdict. voluntaria §. 44. sqq. BERGER de potestate personae publicae in se ipsam §. 16. 17. LUDOVICI Us. pract. Distinctionum iuridicar. lib. II. Tit. I. dist. I. COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 8. Exc. I.

14) S. Nettelbladt pract. Rechtsgelahrtheit I. Th. 4. Tit. §. 35. Claproth von freywill. Gerichtshandl. I. Abschn. §. 13. besonders Not. c. Hr. Prof. EMMINGHAUS in Not. ad *Cocceji* Ius Civ. Controv. Tom. I. Lib. II. Tit. I. Qu. 8. not. o. pag. 164. Eichmann in den Erklär. des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 423. folg.

der Absicht unternommen werden, daß daraus eine Verbindlichkeit entstehe, oder von der Art sind, daß sich der Richter blos und allein dadurch verbindlich macht. So z. B. kann ein Richter bey seinen Gerichten sein Testament niederlegen, er kann vor seinen Gerichten Caution, z. B. Bürgschaft, leisten, er kann adoptiren u. s. m. Hier kommt die Privatperson des Richters, mit seiner öffentlichen Person in keine Collision. Im Gegentheil, wenn er andere sich oder seinen nächsten Verwandten verbindlich machen will, oder von seinem, und seiner Angehörigen nicht unbeträchtlichen Nutzen die Rede ist, so ist er unfähig, diese Handlungen vorzunehmen [15]). Wer wollte daher wohl behaupten, daß ein Richter durch selbst niedergeschriebene Pfandverschreibungen, sich Leute zu Schuldnern machen könne?

§. 195.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die bürgerliche und peinliche.

Die iurisdictio contentiosa wird wieder in die Civil- und Criminal-Gerichtsbarkeit eingetheilt. Unter der peinlichen Gerichtsbarkeit [16]) ver-

15) Arg. *L. 7. Cod. de probat. L. un. Cod. de contractib. iudicum.*

16) S. Meisters vollständige Einleitung zur peinl. Rechtsgelehrsamkeit in Teutschland. Buch I. Abschn. I. Kap. 10. *Io. Iod.* BECK praxis aurea de iurisdictione superiore. Norimb. 1679. 4. rec. 1750. *Ant. Guil.* ERTEL Praxis aurea de iurisdictione inferiori. Nordling. 1737. 4. Beck von der vogtheil. Gerichtsbarkeit; *Ge.* ENGELBRECHT Diss. de iurisdictione superiori s. alta et inferiori s. bassa sec mores Germanor. *Helmstadii* 1709. rec. *Halae* 1738. *Io. Paul.* KRESS-

stehet man diejenige, welche sich hauptsächlich mit eigentlichen peinlichen Fällen, nämlich deren Untersuchung, Entscheidung und Vollstreckung, beschäftiget. Man nennt sie auch die hohe oder Obergerichtsbarkeit. Die Civil- oder Untergerichtsbarkeit hingegen wird diejenige genennt, welche bürgerliche Rechtssachen, oder auch solche zum Gegenstande hat, welche nur geringe Verbrechen betreffen. Sie heißt auch Voigtey [17]). Es kommt

sii Diss. de variis iurisdictionis criminalis in Germania generibus. Helmst. 1730. rec. 1735. *Fr. Es.* PUFFENDORFII lib. de iurisdictione germ. P. II. Sect. II. cap. I. II. et III. und Sect. IV. cap. un. pag. 519. Christ. Ulr. Grupen von den Ober- und Niedergerichten; in den Observat. rerum et antiquitat. Germanic. et Romanar. Obs. XXVI. *Lud.* GOECKEL Diss. de forma iurisdictionis crim. apud Germanos. *Altdorf.* 1735. und C. F. Gerstlacher von den mancherley Arten der peinlichen Gerichtsbarkeit, vor der Sammlung einiger Würtemberg. Gesetze. Th. II. Stuttgard 1760. 8.

17) Das Wort Voigtey hat jedoch auch andere Bedeutungen. Ursprünglich bedeutet es eine Verwaltung, Schutz und Schirm. Daher finden wir Stifts- und Klostervogteyen, durch welche die Stifts- und Klostergüter und Rechte verwaltet und beschützt wurden; ferner Reichs- und Landvoigteyen, durch welche die Kaiser ihre Regalien und res fisci verwalten ließen. S. Knorrens rechtliche Anmerkungen Nr. 23. S. 358. folgg. und STRUV de allodiis Imperii pag. 137. Sodann hieß Vogtey auch die Herrschaft über ein Gut, wie das alte Register des Sachsenspiegels bezeugt. So führte z. B. die alte Dynastie Hunoltstein den Namen Voigtey. S. SENKENBERG select. iuris et histor. Tom. VI. praef. p. 71. et 253. PUFFENDORF de iurisd. germ. P. II. Sect. III. Cap. I. §. 121. Zuweilen wird *Advocatia* auch für den Umfang aller und jeder Jurisdiction genommen, z. B. in einer Urkunde von 1297. bey SCHOEPFLIN hist. Badens. cod. diplomatico. T. V. pag. 306. Die gewöhnlichste

Be-

kommt nun bey dieser Eintheilung alles auf die Fragen an, welche Sachen unter peinlichen Fällen eigentlich zu verstehen sind, und welche Vergehungen eigentlich geringe Verbrechen in dem Verstande sind, in welchem sie zur Untergerichtsbarkeit gerechnet zu werden pflegen? Die Beantwortung dieser Fragen nach römischem Rechte hat weniger Schwierigkeiten, als nach dem heutigen Rechte. Die Römer nannten überhaupt *causas criminales* solche Sachen, welche eine öffentliche Bestrafung des Verbrechers, und nicht blos eine Privatgenugthuung des Klägers zum Gegenstande hatten, sie mochten nun zu den iudiciis publicis gehören, worüber ein eigener Volksschluß vorhanden war, oder nicht, sondern nur ausser der Ordnung sich zu einer öffentlichen Ahndung qualificiren. Z. B. Diebstahl, Ausplünderung einer Erbschaft, Abigeat, Prävarication gehörten nicht zu den iudiciis publicis, allein sie konnten doch, extra ordinem, wie öffentliche Verbrechen behandelt, und im Namen des Staats geahndet werden [18]). Wenn hingegen eines

Bedeutung aber, besonders in Franken und Schwaben, ist von den ältern Zeiten bis auf den heutigen Tag diejenige gewesen, da die Niedergerichtsbarkeit und Civilobrigkeit, mit Ausschluß der Malefizobrigkeit und Blutbanns, welchen man die Obervoigtey nennt, darunter verstanden wird. S. WEHNER Observat. pract. BESOLD Thesaur. HALTAUS Glossar. v. Vogtey. Strubens Nebenstunden. V. Th. S. 143 sqq. besonders den Verfasser der Gedanken von dem ächten Begriff und Grunde der Unmittelbarkeit und Territorialgerechtigkeit in vermischten Reichslanden. S. 84. folgg. von SELCHOW in Elect. iuris germ. publ. et privati pag. 553. u. f. und Westphal im Staatsrechte. Leipzig 1784.

18) *L.* 1. *D. de publ. iudic.* Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, publica sunt; sed ea tantum, *quae ex Legibus*

Verbrechens wegen nur civiliter, auf Privatsatisfaction, geklagt wurde, man mochte nun die Klage entweder auf pure Entschädigung, oder auf eine Privatstrafe, das ist, auf eine Geldstrafe, die dem Kläger zu Theil wurde, richten, so war die *causa civilis*. Z. B. wenn ich gegen den Dieb condictionem furtivam auf die Wiedererstattung der gestohlnen Sache, oder actionem furti auf die Bezahlung des doppelten oder vierfachen Werths derselben, anstellete, so war dieß eine Civilsache; klagte ich hingegen auf eine öffentliche Bestrafung des Diebes, so war es ein Criminalfall [19]). Die öffentlichen Strafen waren übrigens verschieden. Die gewöhnlichsten waren: Hinrichtung, Sklaverey, Verlust des Bürgerrechts, Landesverweisung, Züchtigung am Leibe, Verlust des Vermögens

bus iudiciorum publicorum veniunt: ut Iulia maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de Sicariis et veneficiis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annona. — *L.* 92. *D. de furtis:* Meminisse oportebit, nunc furti plerumque *criminaliter* agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere: *non quasi publicum sit iudicium*, sed quia visum est temeritatem agentium, etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si qui velit, poterit *civiliter* agere. — *L.* 3. *D. de extraord. crim.* Stellionatus vel expilatae hereditatis iudicia accusationem quidem habent, *sed non sunt publica.* — *L.* 2. *D. de abigeis:* Abigeatus crimen *publici iudicii non est*, quia furtum magis est. Sed quia plerumque abigei et ferro utuntur, si deprehendantur, ideo graviter et puniri eorum admissum solet. Conf. FINESTRES in Hermogenian. Tom. I. p. 628. sqq.

19) *L.* 3. *D. de delict. privatis:* Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exequi: siquidem *pecuniariter* agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit, nec cogendus erit in crimen subscribere. Enimvero si *extra ordinem* eius rei *poenam exerceri velit*, tunc subscribere eum in crimen oportebit.

gens mit Infamie verbunden, Cassation, Geldstrafe, die der Staat erhielt, Untersagung einer sonst erlaubten Sache, u. dergl. [20]). Mehrerem Zweifel sind die Fragen unterworfen, welche nach heutigem Rechte für peinliche Fälle? welche hingegen für geringe Frevel zu halten sind? Fragen, ohne deren Entscheidung sich weder die Gränzen der bürgerlichen und peinlichen Gerichtsbarkeit genugsam bestimmen lassen, noch, in Betracht der Verschiedenheit des Processes, die gehörige Ordnung beobachtet werden kann. Da indeß eine ausführliche Entwickelung dieses wichtigen Gegenstandes zu weit ausser meiner Sphäre liegt, so begnüge ich mich, hier nur zu bemerken, daß bey der Entscheidung jener Fragen das meiste auf die Verfassung eines jeden Landes und Ortes ankommt. Wenn demnach durch Gesetze [21]), oder entschiedene Gewohnheiten eines Landes, oder durch verjährten Besitz [22]), oder durch errichtete Recesse zwischen dem

20) *L.* 6. §. 2. *L.* 7. *L.* 8. *D. de poenis.*

21) Merkwürdig ist die Verordnung des Herzogs Heinrich Julius zu Braunschweig und Lüneburg d. d. Wolfenbüttel den 12. Sept. 1596. in den Calenbergischen Landesordnungen Theil II. S. 663. welche Grupen in Observat. rer. et antiquitat. germ. et rom. Obs. 26. pag. 409. folgg. mit einem Commentar begleitet hat. Ferner die Churs ächsische Landesordnung vom Jahr 1543. und erneuert im Jahr 1555. unter dem Titel: Was zu Ober- Nieder- und Erbgericht gehört, bey CARPZOV in prax. rer. crim. Qu. CIX. n. 25. sqq. Mehrere Landesordnungen führen Grupen a. a. O. S. 412. u. folgg. und ENGELBRECHT in der oben Not. 16. angef. Diss. Sect. II. Membro I. §. 4. S. 28. an.

22) Da es hier nicht auf Erwerbung der Gerichtsbarkeit selbst und insbesondere des Blutbanns, als eines Regals, gegen den Landesherrn, ankommt, sondern nur von Festsetzung bestimm-

Centherrn und der voigtheylichen Obrigkeit, oder durch rechtskräftige Erkenntnisse [23]), schon bestimmt worden ist, welche Fälle eigentlich zu den peinlichen Fällen gehören sollen, so hat die Entscheidung weiter keine Schwierigkeit. In Ermangelung solcher Bestimmungsgründe aber stimmt diejenige Meinung [24]), wie ich glaube, am meisten mit der

stimmter Gränzen der schon zuständigen Gerichtsbarkeit, und des genauen Gegenstandes derselben, zwischen den Gerichten unter einander die Frage ist, so bedarf es dabey nicht nothwendig der unvordenklichen Verjährung, sondern die dreyßigjährige Zeit ist ebenfalls hinreichend. Man sehe hier vorzüglich nach Ge. Jac. Friedr. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Band (Göttingen 1791. 8.) XIII. Bemerk. S. 190. u. folgg.

23) Hierher gehört, als vorzügliches Beyspiel, das Urtheil des Kammergerichts zu Berlin in Sachen des Stadtmagistrats zu Zoßen, gegen das königl. Justitzamt daselbst, de 16. Jul. 1777. in Hymmens Beyträgen zu der juristischen Litteratur in den preußischen Staaten. IV. Samml. (Berlin 1780. 8.) I. Abschn. N. VI. S. 60. folgg. Diesem ist beyzufügen das Urtheil eben dieses Tribunals in Sachen des Stifts Severn wider das Amt Reinberg und den Fiskus, welches in des COCCEJI Iur. Civ. Controv. Tom. I. lib. II. Tit. I. Qu. 5. pag. 162. stehet. Vid. quoque PUFFENDORF in Animadversionibus iuris. Animadv. VII.

24) Man vergleiche *Io. Sam. Frid.* BOEHMER Observat. select. ad *Carpzovium* P. III. Quaest. CIX. Obs. 2. 4. sqq. PUFFENDORF lib. de iurisdict. germ. P. II. Sect. II. Cap. I. §. 19. KOCH Institut iur. crim. lib. III. cap. I. §. 645. Quistorp Grundsätze des teutschen peinl. Rechts. II. Th. 9. Abschn. 2. Kap. §. 535. PÜTTMANN Elem. iur. crim. Lib. II. cap. 2. §. 698. sq. Dorn Commentar über das peinl. Recht. II. Band (Leipzig 1791. 8.) 2. Tit. §. 285. Hr. Prof. Robert hat zwar in Diss. de diverso poenarum genere ex mente C. C. C. indeque oriente discrimine inter delicta civilia et criminalia nequaquam negligendo. *Marburgi* 1779. verschiedenes gegen

diese

der peinlichen Gerichtsordnung der Teutschen überein, nach welcher zu den peinlichen Fällen diejenigen gerechnet werden, wo von Verbrechen die Frage ist, die an sich oder wegen der dabey vorkommenden Umstände, Lebens, oder Leibes, oder auch solche Strafen nach sich ziehen, welche den Leibesstrafen gleichgeachtet werden[25]). Es findet sich jedoch bey Anwendung dieser Regel auf einzelne Fälle, und wenn hiernach namentlich bestimmt werden soll, welche Vergehungen nun eigentlich vor die Obergerichte gehören, eine neue Schwierigkeit, wenn die Frage ist, welche Strafen den Leibesstrafen gleichgeschätzt werden können? weil nicht alle Rechtslehrer darin mit einander einig sind. Es ist zwar ausser Zweifel, daß Festungs- und Zuchthaus-Strafen,

diese Meinung einwenden wollen; allein Hr. Kanzler Koch hat in drey Briefen über die Robertische Dissertation, welche mit dieser Dissertation zusammengedruckt, unter dem Titel: über civil und criminal Strafen und Verbrechen, zu Giessen 1785. 8. erschienen sind, die Robertischen Zweifel sehr gründlich beantwortet.

25) S. Carls V. peinliche Gerichtsordnung Art. 1. 104. 110. 111. 113. 164. u. 169. Conf. *Car. Frid.* WALCHII Glossar. germ. in C. C. C. s. v. peinliche Strafe S. 411. Die alten Teutschen nannten peinliche Fälle solche, wo Strafen, die an Hals oder Hand giengen, zu erkennen waren, unter geringen Freveln hingegen verstanden sie solche, die mit Strafen an Haut und Haar belegt zu werden pflegten. Man sehe hiervon vorzüglich Grupen in den angeführten Observat. rer. et antiquit. germ. et rom. Obs. 7. S. 123. folgg. Allein diese Bestimmung kann heutiges Tages nicht mehr zur Regel dienen. S. BOEHMER Observat. ad *Carpzov.* Qu. CII. Obs. 1. PUFFENDORF l. c. §. 39. et 40. p. 171. sq.

lebenslängliche Gefangenschaft, Einziehung der Güter [26]), ewige Landesverweisung, Ehrlosigkeit, schimpfliche Absetzung von Amt und Würde, und unehrliches Begräbniß, den Leibesstrafen gleichgeachtet werden, und daher zur Obergerichtsbarkeit gehören; allein wie weit Geld- und Gefängnißstrafen zur criminal und wie weit sie zur civil Jurisdiction gehören? läßt sich nach einer allgemeinen Regel kaum bestimmen [27]). Man pflegt indeß ein Gefängniß von mehreren Jahren oder Wochen, und eine Geldstrafe über zehen Thaler zu den peinlichen Fällen zu rechnen [28]). Hieraus läßt sich nun der Schluß auf geringe Verbrechen, welche auch der Civilrichter zur Untersuchung und Strafe ziehen kann, von selbst machen [29]). Man hüte sich jedoch geringe Verbrechen mit gerin-

26) Puffendorf im angef. Buche P. II. Sect. II. Cap. II. §. 15. sagt: *Sane bonis omnibus ademtis ipsum corpus summa miseria affici, adeoque hanc poenam corporali aequalem habendam esse, dubitationem vix recipit.*

27) BOEHMER in Observat. sel. ad Carpzovium. Quaest. CIX. Obs. 4.

28) KOCH Instit. iur. crim. a. a. O.

29) Daß sich der Civilrichter auch des Strafpfahls und gemeinen Halseisens bedienen, nicht weniger auf Ehrlosigkeit, sofern sie nicht aus einem peinlichen Verbrechen, sondern aus einer in einem bürgerlichen Geschäfte zu Schulden gebrachten Untreue erwächset, desgleichen auf Absetzung vom Dienst, z. B. bey einem treulosen oder verdächtigen Vormunde, erkennen könne, ist ausser Zweifel. S. PUFFENDORF de iurisdictione germ. P. II. Sect. III. Cap. I. §. 314. *de* BOEHMER ad Carpzovium Quaest. CIX. Obs. 9. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts. I. Th. 3. Abschn. 1. Kap. §. 31. Bey den Römern gehörte die remotio tutoris suspecti mehr zum imperium mixtum als zur iurisdictio. Vid. *Ioan.* VOLLENHOVE Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus. Cap. III. §. 2.

in

geringen Strafen zu verwechseln. Letztere können unstreitig auch von einem Criminalrichter in solchen Verbrechen, welche in thesi Criminalverbrechen sind, dictirt werden, wenn in hypothesi wegen dieser oder jener Ursache die ordentliche Strafe des Verbrechens nicht eintreten konnte. Es wird auch hierzu des Civilrichters Einwilligung nicht erfordert [30]). Ueberhaupt aber ist noch zu bemerken, daß im Zweifel die Vermuthung immer für den Criminalrichter streite, wenn die Frage ist, ob ein Verbrechen für ein Criminalverbrechen zu halten sey;

in OELRICHS *Thes. Nov. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. T. I. Man sehe auch, was oben S. 29. schon davon vorgekommen ist.

30) Herr Prof. Robert behauptet zwar in der angef. Dissert. §. 14. und 27. daß der Criminalrichter geringe und sogenannte bürgerliche Strafen auch in einem solchen Falle, da das begangene Verbrechen in thesi wirklich ein Criminalverbrechen ist, ohne Vorwissen und Erlaubniß des Civilrichters nicht dictiren könne; allein diese Meinung ist nicht nur dem Geiste der P. G. O. ganz zuwider, welche fast in allen Artikeln, worinn auch eine bestimmte Strafe verordnet worden, die Clausel hinzusetzt, daß nach Gestalt der Personen und Sachen in hypothesi eine gelindere Strafe, ohne hierunter Gränzen zu setzen, von dem Richter bestimmt werden könne; sondern sie beruhet auch wirklich auf einer ganz unrichtigen Erklärung des Art. 158. der P. G. O. in welchem unter der Oberkeit nicht der Civilrichter, sondern die Obrigkeit des Criminalrichters, welcher die peinliche Gerichtsbarkeit eigentlich gehört, und die den Richter bestellet hat, z. B. der Landesherr oder der adeliche Gerichtsherr, überhaupt magistratus iudicis criminalis superior, zu verstehen ist. Vid. WALCH in Glossario C. C. C. voc. Oberkeit p. 397. und Koch in dem 1. u. 2. Briefe über die Robertische Dissertation S. 85. folgg. u. S. 97. der oben angef. Schrift über civil und criminal Strafen und Verbrechen.

sey; weil die bürgerliche Gerichtsbarkeit sich nur gleichsam per modum exceptionis über einige geringfügige Verbrechen erstreckt, und für die peinliche Gerichtsbarkeit die Regel streitet [31]). Die peinliche Gerichtsbarkeit ist nun in Ansehung ihres Umfangs entweder uneingeschränkt, und geht auf alle Verbrechen, oder sie schränkt sich blos auf die vier Hauptwrogen [32]) oder Hauptrügen, nämlich Mord, Brand, Diebstahl und Nothzucht, ein. Die erstere wird die allgemeine Cent, *Centena universalis* s. *omnigena*; die letztere aber die Frayß-Cent, *Centena specialis* s. *limitata*, genennt [33]). Sie ist ferner entweder mit dem Rechte, peinliche Urtheile zu vollstrecken, verbunden, oder nicht. Im ersten Falle wird sie mit dem Namen des Blutbannes [34]) bezeichnet. Von diesem ist das Recht, Gerichtsplätze anzulegen, und Galgen,

31) Koch a. a. O. pag. 330.

32) Wrogen hieß in der Sprache des Mittelalters so viel als anklagen, beschuldigen. S. Glosse *ad Art.* 51. *lib. I.* des Sächs. Landrechts. Wachter und Haltaus haben dieses Wort in ihren Glossariis übersehen.

33) S. Grupen von Centgerichten, in desselben Observat. rer. et antiq. germ. et rom. Obs. XXVII. pag. 427. folgg. vorzüglich aber *Henr.* LINCK Diss. de iurisdictione centenae Cap. III. und Ebenderselbe de iurisdictione Vogteiae Cap. III. Beyde Schriften stehen in LEUCHT *Tractat. academ. de iurisdictione.* Diesen ist noch beyzufügen C. F. Gerstlacher von den mancherley Arten der peinlichen Gerichtsbarkeit; vor der Samml einiger Würtemberg. Gesetze. Th. II. Stuttgardt 1760. 8.

34) *Ge. Lud.* LUNDENSPIIR Diss. de imperior. et familiar. successionib. ac mutationib. nec non de moderna imp. iurisd. alta et bassa. Cap. XXXIII. n. 14. in LEUCHT *Tract. academ. de iurisdict.* pag. 151. PUFFENDORF de iurisdictione germ. P. II. Sect. II. Cap. II. §. 11. pag. 187. *de* BOEHMER ad Carpzovium Quaest. CIX. Obs. II.

gen, Rabenstein, Räder, Schandpfahl und andere Zeichen der hohen Gerichtsbarkeit, welche zur Vollstreckung peinlicher Urtheile nöthig sind, errichten, oder, wenn sie verfallen sind, wieder in den gehörigen Stand setzen zu lassen, unzertrennlich [35]). Es stehet daher dem Gerichtsherrn dieses Recht vermöge seines habenden Blutbanns zu, wenn gleich die Lehnbriefe davon nichts enthalten sollten [36]). Dahingegen das Recht, Zuchthäuser zu errichten, als eine zu den Hoheitsrechten in Policeysachen schlechterdings gehörige landesherrliche Gerechtsame, dem Blutbann gewöhnlich nicht anklebt, auch nicht aus dem Rechte, Gefängnisse anzulegen, nach richtigen Gründen gefolgert werden kann [37]). Im letztern Falle wird das Recht, Verbrechen zu untersuchen, und peinliche Strafen zu erkennen, mit welchem der Blutbann nicht verbunden ist, die hohe Gerichtsbarkeit, oder Halsgericht schlechtweg genennt [38]); obgleich auch eben so oft unter

35) CARPZOV Pract. rer. crim. P. III. Quaest. 109. n. 66 sqq. *de* BOEHMER in Observat. select. ad Carpzovium Qu. CIX. Obs. 7. und besonders *Io. Paul.* ENDTER Diss. de symbolica possessione iurisdictionis criminalis. *Altorf.* 1712.

36) S. Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts. II. Th. 10. Abschn. 20. Kap. §. 788. und Dorn Versuch eines praktischen Commentars über das peinl. Recht. II. Band V. Tit. §. 300. S. 60.

37) S. J. J. Moser von der Landeshoheit in Policeysachen Kap. 6. §. 17. *Ge. Iac. Frid.* MEISTER Commentat. de iure ergastula instituendi ex iurisdictione criminali haud fluente. *Goettingae* 1784. und Ebenderselbe in den praktischen Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. I. Band 3. Bemerk. S. 34—37.

38) In dem Wertheimischen gegründeten Gegenbericht wider Würzburg Kap. 12. S. 310. und in sehr vielen

unter diesen Benennungen die vollkommene peinliche Gerichtsbarkeit mit Inbegriff des Blutbannes verstanden wird. Daher man in einzelnen Fällen auf die Verfassung und den Sprachgebrauch eines jeden Landes vorzüglich Rücksicht zu nehmen hat [39]). Der Unterschied zwischen hohen und niedern, oder Ober- und Untergerichten ist übrigens sehr alt. Schon in Karls des Grossen Capitularien findet man ihn [40]). Der Ursprung desselben [41]) ist wohl am natürlichsten den hohen Begriffen zuzuschreiben, welche die Teutschen in den ältesten und mittlern Zeiten mit dem Blutbanne verbanden; da sie solchen anfänglich nur einem höhern Wesen, in dessen Namen derselbe

vielen andern Urkunden ist dieser Unterschied bemerklich. S. Klübers Versuch über die Geschichte der Gerichtsleben S. 40. S. 90. 91. u. an mehrern Orten.

39) Ordentlicher Weise ist zwar zu vermuthen, daß die Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit auch den Blutbann mit in sich fasse. Allein wenn in einem Lande der Blutbann der peinlichen Gerichtsbarkeit entgegengesetzt wird, so hat derjenige, welchem die letztere verliehen worden ist, nur das Recht, Verbrechen zu untersuchen und peinliche Strafen zu bestimmen; demjenigen Richter aber, dem der Blutbann verliehen worden, stehet alsdann das Recht zu, peinliche Erkenntnisse zu vollziehen. Beyspiele von Städten, wo dieser Unterschied herrscht, führt Hr. Prof. Eisenhart in dem Versuch einer Anleitung zum teutschen Stadt- und Bürgerrechte (Braunschweig 1791. 8.) §. 84. S. 116. an.

40) S. Klüber in dem angef. Versuche S. 88. Not. *.

41) Man vergleiche Joh. Sam. Friedr. Böhmer von dem Ursprunge des Unterschieds zwischen hohen und niedern Gerichten, in den Hallischen Anzeigen vom Jahr 1736. Num. XVI. und in Schotts juriſt. Wochenblatte 2. Jahrg. S. 744. auch BOEHMER in Obſervat. ſelect. ad Carpzov. Quaeſt. CIX. Obſ. 3.

ſelbe von der Geiſtlichkeit ausgeübt ward [42]) und nachher nur dem Könige geſtatteten. Dieſer ſonderte ihn daher bey Verleihungen der Gerichtsbarkeit ſorgfältig von der bürgerlichen ab [43]).

§. 196.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die geiſtliche und weltliche. Beſtimmung des Begriffs der kirchlichen Rechtsſachen.

Nicht minder wichtig in Anſehung des Gegenſtandes iſt die Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die geiſtliche oder kirchliche, und in die weltliche oder bürgerliche. Ich nehme hier die geiſtliche Gerichtsbarkeit [44]) im heutigen ſtrengſten Verſtande, nicht in dem ausgedehnten

42) TACITUS *de morib. Germanor.* cap. 7. ſagt: Neque animadvertere, neque vincire, neque verberare quidem, nisi *sacerdotibus*, permiſſum: non quaſi in poenam, nec ducis iuſſu, ſed *velut Deo imperante.*

43) Klüber in dem angef. Verſuche S. 137. Not. *).

44) Hauptſchriften in dieſer Materie ſind *Ant. Dadin.* ALTESERRAE eccleſiaſticae iurisdictionis vindiciae adverſus Caroli Fevreti et aliorum tractatus de abuſu. *Pariſiis* 1710. 4. und zugleich mit des FEVRET Traité de l'Abus. *Lugduni* 1736. f. *Henr. Mich.* HEDENSTREIT Diſſertationes tres de hiſtoria iurisdictionis eccleſiaſticae ex Legibus utriusque Codicis illuſtrata. *Lipſiae* 1773. 1777. 1778. (Maier) von der evangeliſchen Geiſtlichkeit Gerichtsſtand in zeitlichen Sachen. Tübingen 1781. 8. auch (Spittler) von der Gerichtsbarkeit der höchſten Reichsgerichte in geiſtlichen Sachen. 1779. 4. und G. L. BOEHMER Orat. de finibus iurisdictionis imperialis quoad in cauſis eccleſiaſticis competit, in EIUS *Obſervat. Iuris Canon.* N. V.

dehnten Sinne der römisch-katholischen Hierarchie [45]), und verstehe darunter diejenige öffentliche Gewalt, welche nur allein die Administration der Justiz in kirchlichen Rechtssachen zum Gegenstande hat. Die weltliche Gerichtsbarkeit hingegen ist diejenige, welche hauptsächlich mit weltlichen Rechtssachen beschäftiget ist. Alles beruhet nun auf der Bestimmung des Begriffs der geistlichen oder kirchlichen Rechtssachen [46]). Es ist schwer,

45) Das katholische Kirchenrecht versteht unter dem Namen der kirchlichen Jurisdiction im weitläuftigsten Verstande die ganze Kirchengewalt, so wie dieselbe nach dem hierarchischen System der römischen Kirche beschaffen ist. In einer mehr eingeschränkten Bedeutung wird die kirchliche Gerichtsbarkeit genommen, wenn man bey einem katholischen Bischoffe die *lex iurisdictionis* und die *lex diocesana* unterscheidet. Das Recht, geistliche Rechtshändel zu entscheiden, ist nur ein Stück von der lege iurisdictionis. Das weitere liegt ausser meiner Sphäre. S. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institutiones Iurisprud. Eccles. P. II. §. 254. 255. Eybel im kathol. Kirchenrecht. IV. Th. 3. Band. §. 471. S. 20. von Sartori geistl. und weltl. Staatsrecht der teutschen Stifter. II. Bandes 2. Th. 1. Abschn. §. 1214. S. 115.

46) Hier verdienen folgende Schriften bemerkt zu werden: *Mart.* SCHRADER Tr. de causis fori ecclesiastici ex iure communi civili et canonico, nec non constitutionib. ac observantia Ecclesiarum, inprimis vero Evangelicarum, deductus. *Guelpherb.* 1710. 4. *God. Leonh.* BAUDIS Dissertat. de indole causarum ecclesiasticarum et de fundamentis earundem. *Lipsiae* 1735. 4. *Rupert.* STARCH Iudex ecclesiasticus. *Salisb.* 1748. 4. Hr. Hofr. Schnaubert's kurze Entwickelung des Begriffs von geistlichen Sachen überhaupt, in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. I. Theil (Gießen 1782. 8.) N. II. S. 22—45. Beyläufig, und doch sehr gründlich handeln von Kirchensachen auch noch Spittler in der Not. 44. angef. Schrift §. 14. u. 15. und Ebenderselbe in den vor-

schwer, hiervon einen so allgemeinen Begriff aufzustellen, der uns in Stand setzte, in jedem einzelnen Falle sogleich die Gränzscheidung zwischen der geistlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit ausfindig zu machen. Denn einmal stimmen hierin die Meinungen der verschiedenen Religionspartheyen in Teutschland noch so wenig mit einander überein, daß auch die neueste kaiserliche Wahlkapitulation sich des Wunsches nicht enthalten können, daß die causae saeculares ab ecclesiasticis rechtlich distinguirt werden möchten. Andern Theils aber macht auch die so sehr verschiedene Kirchenverfassung in einem jeden einzelnen Staate Teutschlandes die Feststellung eines allgemeinen Standpunkts für kirchliche Rechtssachen fast unmöglich. Indessen glaube ich, daß die Sache auf folgende Art am leichtesten zu übersehen seyn möchte. Kirchliche Rechtssachen sind überhaupt und im weitläuftigsten Verstande genommen solche Sachen, welche die Rechte und Verbindlichkeiten der Kirche selbst sowohl als auch der geistlichen Personen betreffen. Diese können nun von zweyerley Art seyn. Entweder solche, die das aus den eigentlichen kirchlichen Verhältnissen herrührende Mein und Dein in einzelnen Fällen betreffen, oder solche, die aus anderweitigen weltlichen Verhältnissen der Kirche selbst und der kirchlichen Personen herrühren. Erstere sind ihrer Natur und Beschaffenheit nach kirchliche Rechtssachen. Letztere aber ihrer Natur

vorläufigen Gedanken über einen Rechtsfall, die Bestellung eines katholischen Beamten in einem evangelischen Ganherrschaftsorte betreffend. (Frankfurt u. Leipzig 1783. 4.) I. Abschn. §. 1—5. und Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen I. Bandes I. Th. Resp. XVI. S. 184. ff. und III. Bandes I. Th. Resp. CCLXIV. S. 250. ff.

Natur nach weltliche Sachen, die aber doch in soferne, als sie durch besondere Privilegien der Regenten von der weltlichen Gerichtsbarkeit eximirt sind, den kirchlichen Rechtssachen gleichgestellt werden. Nicht alle kirchliche Rechtssachen, die ihrer Natur nach solche sind, gehören vor das kirchliche Forum, sie können auch in gewissem Betrachte vor die weltlichen Gerichte gehören. Man muß demnach, um die Gränzscheidung nicht zu verfehlen, auf die Entscheidungsquellen sehen. Sind dieß Kirchengesetze, so ist die Sache ihrer Natur nach eine solche kirchliche Rechtssache, die vor das geistliche Forum gehört; sind es aber weltliche und Staatsgesetze, so bleibt die Sache zwar, was sie ihrer Beschaffenheit nach ist, immer noch kirchliche Rechtssache, allein sie gehört vor die weltliche Gerichtsbarkeit, an welche sie die Staatsgesetze gleichsam als Ausnahme hingewiesen haben. Es ist daher z. B. eine bekannte Wahrheit, daß solche kirchliche Rechtssachen, welche aus dem Westphälischen Frieden, oder den Concordaten der teutschen Nation ihre Entscheidung erhalten, der Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte unterworfen sind [47]). Dahingegen ist nun in denjenigen Sachen, welche

47) *Instrum. Pac. Osnabrug. Art. V. §. 54.* Caesarea Maiestas mandabit, ut — in isto iudicio Camerali *causae ecclesiasticae* — inter Catholicos et Augustanae confessionis status — —, adlectis ex utraque religione pari numero Assessoribus, *discutiantur* et *iudicentur*. Daß jedoch in dieser Stelle nur solche kirchliche Rechtssachen verstanden werden, da jemand wider einen Reichsstand oder anderes unmittelbares Mitglied des Reichs über eine wider den Westphälischen Frieden ihm zugefügte Religionsbeschwerde, oder auf ein vermöge besagten Friedens ihm zukommendes Recht oder Besitzung, es sey nun in possessorio oder petitorio, zu klagen

welche aus den Kirchengesetzen ganz allein zu entscheiden sind, die geistliche Gerichtsbarkeit allein begründet, ohne Unterschied, ob die Personen, welche sie betreffen, geistliche oder weltliche sind [48]). Allein eine neue Schwierigkeit findet sich, wenn nunmehr die Frage entsteht, was das für Kirchengesetze sind, aus denen die Entscheidungsgründe für diejenigen kirchlichen Rechtssachen hergenommen werden müssen, welche für die geistliche Gerichtsbarkeit gehören? Giebt das Corpus Iuris Canonici hierin eine sichere Richtschnur? Nicht immer. Denn wer weiß es nicht, daß die Päbste darinn mehrmalen aus den Schranken der Kirchengewalt getreten, und über blos weltliche Sachen Verordnungen gemacht haben, wozu sie die Ehre Gottes, als der einige Hauptendzweck der Kirchengewalt, nicht befugt machte. Zwar fehlte es ihnen an Anstrichen und Präterten nicht, um solchen Verordnungen die Gestalt von geistlichen und kirchlichen Verordnungen zu geben, z. B. daß Sünde verhütet werde [49]). Allein man hat ihnen diese Larve längstens abgezogen, und jetzt erscheinen dergleichen Verordnungen als blos weltliche und bürgerliche Gesetze. Man erinnere sich hier an die in dem Korpus des canonischen Rechts vorkommende Verordnungen von der Verjährung, vom Eide, vom Proceß, u. a. m. Da indessen diese Sammlung päbstlicher Kirchengesetze in Teutschland bey der katholischen Reichshälfte für ein durchaus verbindliches, bey der evangelischen Reichshälfte aber für ein

gen hat, zeigt Pütter in den auserles. Rechtsfällen III. Bandes I. Theil, Resp. CCLXIV. §. 14. S. 253. Man sehe auch *G. L.* BOEHMER in Princip. iuris Canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VI. §. 240.

48) Cap. 2. X. *de iudiciis.* Cap. 8. X. *de arbitris.* Cap. 3. X. *de ord. cognition.*

49) RIEGGER in Institut. iurisprud. Eccles. Part. II. §. 506. sqq.

Hülfsrecht, soferne es ihren Lehrsätzen nicht entgegen, einmal angenommen ist; so bleibt doch dieses die erste und vorzüglichste Richtschnur, was man katholischer Seits für kirchliche Rechtssachen erkennt, und was auch wegen Gleichheit der Reichsreligionen evangelischer Seits, wenn deren Lehrsätze keine andere Bestimmung geben, dafür angenommen wird. Wenn demnach gleich die Protestanten unter sich die principia iuris canonici nicht durchgehends anerkennen, und z. B. manche Sachen, die das canonische Recht für geistlich hält, in den weltlichen Gerichten abhandeln lassen; so erfordert doch die durch die teutschen Reichsgrundgesetze der evangelischen Religionsparthey versicherte vollkommene und genaue Gleichheit mit der katholischen, daß, wenn es zum Beyspiel bey den höchsten Reichsgerichten darauf ankommt, ob eine Sache, als vor die geistlichen Gerichte gehörig, daselbst nicht anzunehmen sey? alle diejenigen Sachen, welche nach den principiis iuris canonici für kirchliche Rechtssachen gehalten werden, auch eben sowohl in Ansehung der evangelischen als der katholischen Religionsverwandten für solche geachtet werden müssen, die von diesem höchsten Gerichtsstande exemt sind. Denn einmal haben die höchsten Reichsgerichte nach ihrer ursprünglichen Constitution alle solche Sachen unter ihrem Gerichtszwange nicht gehabt, noch solche in Ansehung der Protestanten nachher jemals erlangt; und zum andern würde auch, wenn man jenen Grundsatz nicht annehmen wollte, die Religionsgleichheit überall zu leicht vereitelt werden können [50]). Allein wie wenn jene Religionsgleichheit nicht hauptsächlich in Betrachtung kommt? Auch in diesem

Falle

50) Ich beziehe mich hier auf die oben Not. 46. angeführten Spittlerischen Schriften, und auf Pütters Rechtsfälle I. Bandes 1. Theil, Resp. XVI. n. 48. S. 185.

Falle gilt in den meisten evangelischen Landen noch ordentlicher Weise die Regel [51]): Quaecunque causae de iure canonico ecclesiasticis adnumerantur; in foris protestantium quoque in consistoriis sub eadem qualitate ventilantur: welche aber freylich durch die protestantischen Kirchenordnungen, und besondern Gewohnheiten eines jeden Landes nach Maaßgabe des evangelischen Lehrbegriffs ihre nähere Bestimmung erhält. Daher man bey der Entscheidung einzelner Fälle zuvörderst auf die besondere Verfassung und das Herkommen desjenigen Staats oder Landes Rücksicht nehmen muß, wo die Frage, ob eine gewisse kirchliche Rechtssache vor das geistliche Gericht ausschließlich gehöre? entstanden ist. Kirchliche Rechtssachen, die ihrer Natur nach solche sind, werden nun sowohl von protestantischen als katholischen Rechtsgelehrten wieder in diejenigen eingetheilt, welche den kirchlichen Gottesdienst selbst und unmittelbar betreffen, *causae ecclesiasticae mere tales* s. *intrinsece spirituales*, und solche, welche mit dem kirchlichen Gottesdienste connex sind, und daher nur in mittelbarem und entfernterm Verhältnisse mit der Religion stehen, *causae ecclesiasticae mixtae*, s. *accessorie et per accidens spirituales* [52]). Dieser Unterschied ist auch in den Reichsgesetzen selbst

51) S. *Iust. Henn.* BOEHMERI Ius Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. XXIII. pag. 995.

52) Ausser den bereits angeführten Schriftstellern bemerke ich hier nur noch folgende: *van* ESPEN in Iur. Eccles. universo Tom. IV. Part. III. Tit. II. Cap. I. §. 1. sqq. (edit. *Io. Pet.* GIBERT. *Venetiis* 1781. f.) SCHMALZGRUEBER ad Tit. Decretal. de iudiciis §. 3. n. 50. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris Eccles. Tom. I. Cap. II. Sect. I. Art. III. §. 241. BARTHEL Adnotation. ad ius canonicum lib. II. Tit. II. §. 1. pag. 154.

selbst [53]) gegründet, und, wie ich hernach zeigen werde, von grosser Wichtigkeit. Zu den kirchlichen Rechtssachen der erstern Art gehören sowohl diejenigen, welche den Glauben, die Sacramente, die kirchliche Liturgie, und die Bestellung der Kirchen- und Schulministerien betreffen; als auch die zum kirchlichen Gottesdienste der einzelnen Glieder gehörigen Sachen. Unter der andern Classe kirchlicher Rechtssachen, welche mit dem kirchlichen Gottesdienste connex sind, werden hingegen diejenigen begriffen, welche Kirchengüter, als solche, Patronatsrecht [54]), Kirchenzehnten, Begräbniß, Gottesäcker u. a. m. betreffen. Nach dem protestantischen Kirchenrechte gehören hierher auch Sponsalien, und Ehesachen; nach dem katholischen hingegen nur sponsalia de futuro [55]). Denn da sie die Ehe für ein Sacrament halten, so werden nach ihren Lehrsätzen die Ehesachen ad causas ecclesiasticas intrinsece spirituales gerechnet [56]). Es ist nun dieser Unterschied hauptsächlich in einer doppelten Rücksicht von Bedeutung. Erstens in dem Falle, wenn Unterthanen in einem Lande vermöge des

Kreitmayr Anmerkungen über den Codicem Bavaric. civilem. Tom. V. pag. 2177. wie auch ad Codicem iudiciar. pag. 16. sq.

53) *Instrum. Pac. Osnabr.* Art. V. §. 9. et 31. und Religionsfriede vom Jahr 1555. §. 20.

54) *Cap.* 3. X. *de iudiciis.*

55) S. *Ant.* SCHMIDT in Institut. iur. eccles. a. a. O. wo es heißt: *Causae ecclesiasticae aliae propter nexum, quem cum istis habent, spiritualibus admumerantur; quo referuntur* SPONSALIA DE FUTURO, *ius Patronatus, sepulturae, Coemeterii, immo et decimarum* etc.

56) *Synod. Tridentin. Sess. XXIV. cap.* 20. *de Reformat.* van ESPEN in Iure Eccles. univ. T. IV. P. III. Tit. II. Cap. I. §. 11 — 24.

des Zustandes im Entscheidejahr 1624 einen geistlichen Richter einer andern Religion, als welcher sie zugethan sind, anerkennen müssen. Hier soll die fremde geistliche Gerichtsbarkeit nach der Vorschrift des Westphälischen Friedens [57]) nur blos in Ansehung solcher kirchlicher Rechtssachen Statt haben, welche auf keine Weise die Religion selbst und unmittelbar betreffen, in Ansehung dieser Gattung von Sachen aber schlechterdings eingestellt und aufgehoben seyn. Zum andern ist der Unterschied inter 'causas ecclesiasticas intrinsece, und accessorie s. propter nexum spirituales auch darum wichtig, weil nur in Ansehung

57) *Instrum. Pac. Osnabr. Art. V. §. 48.* — Catholicorum Aug. Conf. addicti status provinciales et subditi, qui anno 1624. ecclesiasticam iurisdictionem agnoverunt, in iis casibus, modo dictae iurisdictioni subsint, *qui Augustanam Confessionem nullatenus concernunt*, modo ipsis occasione processus nihil iniungatur, Augustanae Confessioni vel Conscientiae repugnans. Eodem etiam iure Augustanae Confessionis Magistratuum Catholici subditi censeantur, inque hos ius dioecesanum, quatenus Episcopi illud dicto anno quiete in eos exercuerunt, salvum esto. Diese Stelle erhält ihr Licht aus dem Religionsfrieden vom Jahr 1555. §. 20. worinn es unter andern heißt: Aber in andern Sachen und Fällen, der Augspurgischen Confession Religion, Glauben, Kirchengebräuche, Ordnungen, Ceremonien und Bestellung der Ministerien nicht anlangend, soll und mag die geistliche Jurisdiction durch die Ertzbis[illegible]f, Bischöf, und andere Prälaten, wie deren Exercitium an einem jeden Orte hergebracht, und sie deren in Uebung, Gebrauch, und Possession sind, hinführo wie bisher unverhindert exercirt, geübt und gebraucht werden. S. Schnauberts Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. I. Theil, S. 36. folgg.

der letztern Gattung von Sachen in possessorio ein weltlicher Gerichtsstand begründet werden kann, wenn gleich das Petitorium auch in diesen Sachen immer vor ein geistliches Gericht gehört [58]). Daher wird z. B. von Patronats- und Zehend-Streitigkeiten durchgängig behauptet, daß solche zwar in petitorio nur bey geistlichen Gerichten, in possessorio aber auch allenfalls bey weltlichen Gerichten erörtert werden können [59]). Wodurch jedoch, wie einige irrig dafür gehalten haben, die Gerichtsbarkeit des geistlichen Richters in possessorio keinesweges ausgeschlossen wird [60]), indem vielmehr in einem solchen Falle dem Kläger die Wahl zusteht, den Beklagten entweder vor dem geistlichen oder weltlichen Forum zu belangen [61]). Dahingegen kann nun in causis mere ecclesiasticis s. intrinsece spiritualibus nimmermehr weder das Possessorium noch Petitorium anders als an den geistlichen Gerichtsstand gebracht werden [62]); wenn nicht etwa von blosen quaestionibus facti, die z. B. bey einer puren Civilsache incidenter entstehen können, die Rede seyn sollte, über welche sodann auch der welt-

58) Man vergleiche hier vorzüglich ALTESERRA in Vindiciis iurisdictionis ecclesiasticae. Lib. III. cap. 8. et 9. und *van* ESPEN in Iure Eccles. universo. Tom. IV. P. III. Tit. II. Cap. 4.

59) Man sehe davon vorzüglich nach GAILL Lib. I. Obs. 38. auf den sich fast alle nachherige teutsche Rechtsgelehrten in dieser Materie bezogen haben. Add. ALTESERRA Lib. VI. cap. 4.

60) *Cap.* I. X. *d. causa possessionis et proprietatis.* S. ALTESERRA Lib. III. cap. 8. und Lobethan in der Lehre von der Gerichtsbarkeit. 2. Th. 2. Absch. §. 3. S. 148.

61) *de* CRAMER in Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 282.

62) Pütter in den Rechtsfällen III. Bandes I. Th. Resp. CCLXIV. §. 17. S. 254.

weltliche Richter unstreitig urtheilen kann [63]). Z. B. wenn bey Gelegenheit einer Erbschaftsklage die bloße quaestio facti entsteht, ob der Verstorbene wirklich verheyrathet gewesen sey, so kann der weltliche Richter, vor welchem der Proceß schwebt, allerdings auf den Beweiß erkennen, und diesen Incidentpunct entscheiden. Dahingegen, wenn die Frage über die Gültigkeit einer Ehe, und die davon abhangende rechtmäsige Geburt eines Kindes entsteht, die Erörterung derselben vor das geistliche Forum gehört [64]). Diesen vorausgesetzten Grundsätzen gemäß sind nun also zu den Sachen, welche in Rücksicht auf das Forum ihrer Natur nach kirchliche Rechtssachen sind, folgende zu rechnen:

1) Solche, die den Gottesdienst, und die in der Kirche angeordneten öffentlichen Aemter, und andere kirchlichen Anstalten betreffen. Z. B. Pfarrsachen, Schulsachen ꝛc. Daß Schulsachen zu den Kirchensachen zu rechnen sind, ist nicht nur eine in dem Westphälischen Frieden [65]) anerkannte Wahrheit, sondern auch in der

63) *van* ESPEN in Iur. Eccl. Universo. T. IV. P. III. Tit. II. Cap. I. §. 23. sqq.

64) *Cap.* 1. X. *de ordine cognition. Cap.* 5. *et* 7. X. *Qui filii sint legitimi. Renat.* CHOPPINUS de Sacra Politia. Lib. II. Tit. I. n. 16. FEVRET de abusu. Lib. V. c. V. n. 18. MATTHAEUS Decis. Neapolitan. CCXIX. *van* ESPEN cit. loc. §. 12. sqq. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. II. Tit. VII. §. 402.

65) *Art. V. §.* 31. wo zu den Annexis exercitii religionis unter andern namentlich die *institutio ministeriorum* tam SCHOLASTICORUM quam *ecclesiasticorum* gezählet wird.

Natur der Sache selbst gegründet [66]). Denn Schulen sind, als Seminarien der Kirche und des Staats, vornehmlich damit beschäftiget, die Jugend in der Religion zu unterrichten, und darneben sie zu Wissenschaften vorzubereiten, die dereinst zum Dienste der Kirche und des Staats angewendet werden sollen. Sie sind deswegen von je her und noch jetzo, sowohl bey Protestanten, als Katholiken, nicht sowohl weltlicher, als geistlicher Personen Aufsicht anvertrauet, und selbst mit keinen andern Lehrern und Dienern besetzt, als die sich dem geistlichen Stande gewidmet haben. Schulsachen können daher um so mehr zu den Kirchensachen gerechnet werden, da die Schulordnungen, aus denen sie ihre Entscheidung erhalten, gewöhnlich einen Theil der Kirchenordnungen ausmachen, auch in den meisten protestantischen Kirchenordnungen beydes Kirchen und Schulen zusammengesetzt, und alle Sachen, welche der Pfarrer, Kirchen- und Schuldiener Vocation, Amt, Dienst, Leben, Wandel, Translation, Dimission und Suspension betreffen, den Consistorien zugeeignet werden [67]).

2) Sponsalien- und Ehesachen, und was damit in unmittelbarer Verbindung steht. Z. B. Streitigkeiten über die Rechtmäsigkeit der Geburt [68]).

3) Strei-

66) Man vergleiche hier vorzüglich Pütters Rechtsfälle I. Bandes I. Th. Resp. XVII. S. 212. auch *G. L.* BOEHMER in Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. III. Tit. VI. §. 455.

67) S. Pütter a. a. O. Resp. XVI. n. 50. und Kopps Nachricht von der Verfassung der geistl. und Civilgerichte in den Hessen-Casselischen Landen. II. Th. III. Buch. VII. Tit. §. 426.

68) ENGEL Colleg. universi iuris canon. Lib. IV. Tit. XVIII. n. 1.

3) Streitigkeiten über die Gränzen der geistlichen Gerichtsbarkeit, und deren Beeinträchtigung [69]).

4) Sachen, welche die beneficia ecclesiastica, die Salarien der Kirchen- und Schuldiener [70]), die Kirchenzehnden, legata pia [71]), und überhaupt die Kirchengüter, als solche, betreffen.

5) Patronatssachen;

6) Begräbnißsachen;

7) Sachen, welche die heiligen Oerter und loca religiosa z. E. Klöster, Gottesäcker, betreffen [72]), und

8) Verbrechen gegen die Kirchengesetze. (*delicta mere ecclesiastica* [73]).

Nur muß in allen diesen und dergleichen Sachen der vorliegende Streit aus den Kirchengesetzen entschieden, und die zu beobachtende Maasregel daraus genommen werden

69) Zur Erläuterung dient das Pütterſche Responsum in Sachen des Herrn Burggrafen von Kirchberg gegen Sachsen-Weimar und Eisenach, die Consistorialrechte in der Herrschaft Farnrode betreffend, in Desselben auserlesenen Rechtsfällen. III. Bandes I. Th. Resp. 264.

70) S. das Vorstellungsschreiben des evangelischen Corpus in der Brabeckischen Appellationssache in Schauroths Samml. der Conclusor. Corp. Evangelici. I. Th. S. 136.

71) Vid. G. L. BOEHMERI Observat. iuris canon. Obs. IV. §. 9. *van* ESPEN Iur. Eccles. Univ. T. IV. P. III. Tit. II. c. 2.

72) *Phil.* HEDDERICH Elem. iur. Canon. P. II. §. 137. und *Bened.* OBERHAUSER Praelection. canonicae iuxta titulos libr. Decretalium lib. II. (*Salisburgi* 1785.) Tit. I. §. 13.

73) HEDDERICH P. IV. §. 64. G. L. BOEHMER Princip. iur. canon. lib. IV. P. II. Tit. I. §. 858.

werden können; sonst können eben diese Sachen auch unter der weltlichen Gerichtsbarkeit begriffen seyn [74]).

Die andere Hauptgattung kirchlicher Rechtssachen, die zum geistlichen Forum gehören, sind diejenigen, welche zwar an sich weltliche Sachen sind, die aber durch ein besonderes Privilegium der Regenten von der Gerichtsbarkeit der weltlichen Richter eximirt, und zur kirchlichen Gerichtsbarkeit verwiesen worden sind. Dahin gehören alle Personalsachen der Geistlichkeit, das ist solcher Personen, deren besonderer Beruf und Stand der Kirchendienst ist, insoferne sie in solchen Sachen die Stelle des Beklagten zu übernehmen haben. Unstreitig ist dieser kirchliche Gerichtsstand der Geistlichkeit in zeitlichen Sachen erst vom K. Justinian, als ein besonderes Vorrecht derselben, angeordnet worden, und zwar erhellet aus den verschiedenen hiervon vorkommenden Gesetzstellen des Justinianeischen Rechts [75]), daß solches durch Exemtions-Privilegien, Stuffenweise, geschehen sey [76]). Dies ist die heutige übereinstimmende Lehre

74) S. PUFENDORF in Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 97. *de* CRAMER in Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1105. sub tit. *Si cardo causae in quaestione dominii praediorum ecclesiasticorum versatur, illa minime ecclesiastica, sed secularis est.* G. L. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 241.

75) L. 33. *Cod. de Episcop. et Cleric.* L. 29. *Cod. de Episcop. Audient. Nov.* 79. *Nov.* 83. *Nov.* 123.

76) Am besten hat dieses *van* ESPEN in Iure Eccles. Universo. Tom. IV. P. III. Tit. I. Cap. IV. et V. erläutert. Welchem jedoch beyzufügen ist RUPPRECHT in Notis historic. ad Tit. Decretal. de iudiciis §. 3. Unter den neuern Rechtsgelehrten aber empfehle ich vorzüglich die oben angeführte Abhandlung von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstande in zeitlichen Sachen. Tübingen 1781. 8. vom 3ten Abschnitte an.

Lehre der Rechtsgelehrten beyder Religionen. Die Meinung einiger ältern katholischen Schriftsteller, welche denselben unmittelbar aus einer göttlichen Einsetzung herleiten wollten, wird selbst von den neuern Rechtslehrern dieser Kirche durchgehends für irrig erklärt, und verworfen [77]). Kr. Friedrich II. hat diesen kirchlichen Gerichtsstand auch auf peinliche Sachen ausgedehnt [78]). Es sind demnach alle und jede, die Person der Geistlichen, denen in protestantischen Landen hierin auch Schulbediente völlig gleichgehalten werden [79]), betreffende Rechtssachen der kirchlichen Gerichtsbarkeit unterworffen, und zwar bürgerliche Streitsachen ohne Einschränkung, peinliche Sachen aber nur in so weit, als dieselben eine kirchliche Strafe nach sich ziehen [80]). Hieraus folgt, daß die Geistlichen 1) in allen Verbrechen, worauf eine Leibes- oder Lebensstrafe erfolgt [81]), so wie auch 2) in Realklagen, wo nicht die Person, sondern die Sache selbst und ihre Lage in Betrachtung kommt, den weltlichen Gerichtsstand

77) Ich will nur drey der vorzüglichsten Canonisten anführen. *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institution. iurisprud. eccles. P. II. Lib. II. §. 517—529. *Ant.* SCHMIDT in Institut. iuris ecclesiastici. Tom. I. Cap. II. Sect. I. Art. III. §. 239. und Joseph Valentin Eybel in der Einleitung in das katholische Kirchenrecht. II. Th. 2tes Hauptst. §. 112.

78) *Auth.* Statuimus *Cod. de Episcopis et Clericis.*

79) *Matth.* STEPHANI de iurisdictione Lib. III. P. I. Cap. XV. n. 7. CARPZOV Iurisprud. Eccles. lib. III. Tit. I. Definit. VI. n. 9. sqq. *Iust. Henn.* BOEHMER Institut. iuris canon. Lib. II. Tit. II. §. 7. Pütter in den Rechtsfällen I. Bandes I. Th. Resp. XVI. n. 49. S. 185.

80) *Cap.* 8. *X. de iudiciis.*

81) *Cap.* 10. *X. eodem.* MEVIUS P. II. Decis. 138. BOEHMER in Iure Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 67.

stand anerkennen müssen [82]). Ob dieses auch in den Klagen Rechtens sey, die man actiones in rem scriptas nennt? ist streitig. Die katholischen Canonisten entscheiden diese Frage bejahend [83]). Von den protestantischen Rechtsgelehrten aber wird sie durchgehends verneinet, weil solche Klagen im Grunde doch nur Personalklagen sind, wenn sie gleich die besondere Eigenschaft haben, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt werden können [84]); z. B. actio ad exhibendum, actio quod metus causa. Da ferner die kirchliche Gerichtsbarkeit in den persönlichen Rechtssachen der Geistlichen nur in soferne begründet ist, als sie Beklagte sind, so versteht sich's von selbst, daß, wenn dieselben wider einen Weltlichen Klage erheben, sie nach einer bekannten Rechtsregel vor dem Gerichte klagen müssen, dem der Beklagte unterworfen ist [85]). Daß jedoch die

82) Nach dem Rechte der Decretalen möchte dieß wohl so ausgemacht nicht seyn. Man sehe ALTESERRA Vindicias iurisdict. eccles. Lib. III. cap. 7. Allein gesetzt auch, der geistliche Richter könnte sich auf einige Texte des päbstlichen Rechts berufen, so waren doch die Päbste nicht befugt, ein Privilegium auszudehnen, welches der geistliche Stand nicht ihnen, sondern der Güte der Fürsten zu verdanken hat. So urtheilt auch RIEGGER in Institut. iurispr. Eccles. P. II. §. 537. und hiermit stimmt der Gerichtsgebrauch überein. Man sehe auch *van* ESPEN in Iur. Eccles. univ. Tom. IV. P. III. Tit. I. Cap. VI.

83) S. RIEGGER a. a. O. Eybel a. a. O. §. 112. S. 187. HEDDERICH Elem. iur. canon. P. II. §. 138. not. c.

84) SCHRADER in dem oben Not. 46. angeführten Buche Cap. II. §. I. pag. 269. *G. L.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VI. §. 242. Not. b.

85) *Cap.* 5. X. *de foro compet.* Wodurch das ältere canonische Recht des gratianischen Decrets *can.* 35. u. 37. *Caus.* XI. *qu.* I. wieder aufgehoben worden ist. Vid. RIEGGER a. a. O. §. 536.

die Geistlichen auch alsdenn die weltliche Gerichtsbarkeit anerkennen müssen, wenn sie entweder in einem Evictionsfalle zur gerichtlichen Vertretung, oder wegen einer Difsamation zur Klage von einem Weltlichen aufgefordert werden, oder einem Weltlichen in dem Rechtsstreite succediren, wegen dessen bereits eine Litispendenz obwaltet, gründet sich auf andere bekannte Rechtsprincipien [86]).

Nachdem ich von dem Umfange der kirchlichen Gerichtsbarkeit gehandelt habe, so muß ich auch noch ein paar Worte von dem Grunde und eigentlichen Ursprunge derselben hinzufügen. Auf eine Geschichte der geistlichen Gerichtsbarkeit kann ich mich jedoch hier nicht einlassen. Wer diese zu wissen begehrt, wird bey Alteserra [87]), van Espen [88]), Stryk [89]), und Hebenstreit [90]) die ausführlichsten Nachrichten finden. Daß in der blosen Kirchengewalt an und für sich betrachtet, insoferne unter dieser überhaupt nichts anders als ein gesellschaftliches Recht verstanden wird, die Wohlfahrt der Kirche sowohl im Ganzen als nach ihren Theilen zweckmäsig zu befördern, und die dazu dienlichen Anstalten und Verordnungen zu machen, der Grund von der geistlichen Gerichts-

86) *L.* 30. *L.* 49. *pr. D. de iudiciis*, *Cap.* 8. *X. de for. competent.* S. *Benedict.* OBERHAUSER Praelection. canonic. iuxta titulos libr. Decretal. Lib. II. Tit. I. §. 17. pag. 13. HEDDERICH in Element iuris canon. P. II. §. 139. und *G. L.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 242.

87) Vindic. iurisdict. eccles. Lib. I. cap. 6 — 14.

88) in Iur. Eccles. univ. P. III. Tit. I. cap. 1. sqq.

89) Diss. de origine, et usu iurisdictionis ecclesiasticae. *Halae* 1710.

90) In den oben angef. drey Dissertat. de historia iurisdictionis ecclesiasticae.

richtsbarkeit in den eigentlichen Kirchenrechtssachen nicht zu finden sey, ist eine durchgehends anerkannte Wahrheit. Denn die Kirchengewalt hat den ungehinderten Genuß eines gemeinschaftlichen Gottesdienstes, die Gerichtsbarkeit aber die Handhabung der äusserlichen Ruhe zum Zweck. Ferner so ist der Gegenstand der Kirchengewalt die Anordnung und Direction alles dessen, was zur Religion gehört: der Gegenstand der kirchlichen Gerichtsbarkeit aber die rechtliche Bestimmung des Mein und Dein's der Kirchengenossen nach ihren mannigfaltigen Verhältnissen in einzelnen Fällen. Endlich zur Handhabung der Gerichtsbarkeit bedient man sich eines äusserlichen Zwangs, weil ohne demselben die damit bezielte Abwendung oder Aufhebung der über das Mein und Dein sich so leicht entspinnenden Streitigkeiten nicht zu erhalten seyn würde; allein die Kirche, blos als moralische Person und Gesellschaft betrachtet, kann sich, zur Beförderung ihrer zweckmäßigen Wohlfahrt, kraft ihrer persönlichen Freyheit und Gesellschaftsgewalt, einen solchen äusserlichen Zwang nicht anmassen, welcher der eigentlichen Gerichtsbarkeit gebührt. Denn sonst müßte aus gleichem Rechte jedem Hausvater über seine Familie, jeder Handwerkszunft über ihre Genossen eine Gerichtsbarkeit zuzuschreiben seyn. Soll daher die Kirche neben ihrer kirchlichen Gewalt das vorzügliche Recht der Gerichtsbarkeit in kirchlichen Rechtssachen haben, so muß es aus einer andern Quelle geflossen seyn. Hier scheidet sich nun das Kirchenrechtssystem der römisch-katholischen Hierarchie von dem Lehrbegriffe der Augsp. Confessionsverwandten. Nach jenem wird die geistliche Gerichtsbarkeit in den sogenannten causis spiritualibus einer von Gott und Christo, als dem göttlichen Stifter seiner Kirche, unmittelbar herrührenden göttlichen Einsetzung zuge-

zugeschrieben [91]). Nach dem letztern hingegen als eine menschliche Anstalt betrachtet, welche ihren Grund in der bürgerlichen Oberherrschaft des Staats, als der einzigen Quelle aller Gerichtsbarkeit, hat [92]). Ob nun aber gleich nach Maasgabe dieses öffentlichen Lehrbegriffs den evangelischen Fürsten gebührt hätte, die Gerichtsbarkeit in Kirchensachen, als eine landesobrigkeitliche Gerechtsame, wieder an sich zu ziehen, und solchemnach die eigentlichen Kirchensachen sowohl, als die evangeliche Geistlichkeit in zeitlichen Sachen, ihrer weltlichen Gerichtsbarkeit wieder zu unterwerfen; so ist dennoch die kirchliche Gerichtsbarkeit, was sie von so vielen Jahrhunderten her vor der Reformation einmal geworden, — ein Annexum der kirchlichen Gewalt, geblieben [93]). Und so kam es denn, daß nach und nach überall in den evangelischen Landen zur Verwaltung dieser kirchlichen Gerichtsbarkeit eigene Gerichtshöfe unter dem ausgezeichneten Namen der Consistorien errichtet wurden.

Ich

91) S. SCHMALZGRUEBER ad Tit. de iurisdictione §. II. n. 4. et ad Tit. de iudiciis §. III. n. 50. *Ant.* SCHMIDT Instit. iuris eccles. T. I. Cap. II. Sect. I. Art. III. §. 242. RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. Lib. II. §. 503. HEDDERICH Elem. iuris canon. P. I. §. 11. pag. 15.

92) Conf. Aug. Conf. Art. VII. de potestate ecclesiastica. Artic. Schmalc. sub tit. de potestate et iurisdictione episcoporum. LUTHERI Oper. lat. Ien. T. I. fol. 80.

93) Man vergleiche hier vorzüglich Maiers angef. Abhandl. von der evang. Geistlichkeit Gerichtsstande V. Abschn. §. 29. ff. und die gelehrte Bemerkung in der Sammlung der Schriften von der im W. Friedensschluß erlaubten Selbsthülfe. S. 187. Not. 34.

Ich schließe diese intricate Materie mit der Bemerkung, daß nach der meisten protestantischen Rechtslehrer Meinung; wie auch nach hin und wieder eingeführtem Gebrauche, nicht für unumgänglich nöthig gehalten wird, zur Ausübung der geistlichen Obrigkeits-Rechte nebst weltlichen auch geistliche Personen zu zuziehen, mithin aus geist- und weltlichen zusammengesetzte Consistorien anzuordnen; sondern daß diese auch aus blos weltlichen Personen bestehen, oder auch geistliche Sachen schlechterdings vor solchen obrigkeitlichen Collegien, für die auch weltliche Rechtssachen gehören, verhandelt werden können. Wodurch jedoch der Unterschied zwischen geist- und weltlichen Rechtssachen keinesweges aufgehoben wird [94]).

§. 197.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die ordentliche und ausserordentliche. Begriff und verschiedene Arten der delegirten oder commissarischen Richter.

Die Gerichtsbarkeit ist ferner, wenn wir auf den Umfang derselben sehen, entweder von dem Oberherrn überhaupt ertheilt worden, dergestalt, daß dieselbe der Regel nach in allen und jeden Rechtssachen, welche in dem angewiesenen Gerichtsbezirke vorkommen, oder in einer gewissen Art von Sachen ordentlicher Weise ausgeübt werden soll, oder sie ist jemand bloß ausser der Ordnung in einer einzelnen oder auch mehrern bestimmten Justizsachen von demjenigen, welcher

94) Man vergleiche *Iust. Henn.* BOEHMERI Ius Eccles. Protestant. Tom. I. lib. I. Tit. XXVIII. §. 30 — 36 pag 630. sqq. Pütters Rechtsfälle I. Bandes I. Th. Resp. XVII. n. 19. S. 215. und *Io. Tob.* RICHTERI selectiora iuris principia. Disput. III. (*Lipsiae* 1748.) §. 7.

welcher die Justizhoheit hat, aufgetragen worden. Im ersten Falle wird sie *iurisdictio ordinaria*, im andern aber *iurisdictio extraordinaria* oder *delegata* 95) genennt. Solche Personen, welche von demjenigen, der die Justizhoheit hat, einen unmittelbaren Auftrag haben, in dieser oder jener Justizsache die Gerichtsbarkeit auszuüben, mithin eine iurisdictionem delegatam haben, heißen im römischen Rechte *Delegati Principis*, auch *sacri cognitores* 96), im canonischen Rechte *iudices delegati* 97), heutiges Tages aber Commissarien 98), oder commissarische

95) Vid. *Volkard.* MEYERI Diss. de iurisdictione delegata eiusque a mandata differentiis. *Marburgi* 1783. et STRYK Disp. de delegato principis. *Frfti* 1686.

96) *L. un. C. qui pro sua iurisdict. iudices dare darive poss. L. 5. Cod. de fruct. et lit. exp. L. 32. §. 4. C. de appellat. L. 3. C. ubi senator. vel clariss. civilit. vel crim. conven.*

97) Vid. Tit. Decretal. *de officio et potestate iudicis delegati.* (Lib. I. Tit. 29.) et ad eundem ENGEL in Collegio univ. iuris canonici, KIEGGER in Institutionib. iurisprud. eccles. P. II. §. 487. sqq.

98) Unter den ältern Schriftstellern ist zwar *Rutgerus* RULANT in Tract. de Commissariis et commissionibus camerae imp. *Frfti ad Moen.* 1724. f. der bekannteste. Allein das viele unnütze Zeug, was man in diesem Werke lieset, z. B. wenn er die Eigenschaften eines Commissars nach seiner Leibesbeschaffenheit, untern und obern Seelenkräften durchgeht, ferner die beständige und höchst ungeschickte Vermischung der delegirten Richter und Mandatarien vermindern den Werth desselben sehr. Mehr Empfehlung verdienen in dieser Materie *Io. Ge.* ENGELHARDT Diss. de commissionibus. *Bambergae* 1774. *Io. Dan. Heinr.* MUSAEUS de iure commissionum, quae in concursu illustrium solent constitui. *Goettingae* 1774. Estor Anfangsgr. des gemeinen und Reichsprocesses I. Th. 293. Tit. S. 863. Hoffmann teutsche Reichspraxis

Richter. Man hüte sich jedoch die Rechte der heutigen Commissarien nur aus den römischen oder canonischen Rechten herzuleiten [99]). Die römischen Delegati principis hielten ihre Executoren und Apparitoren [100]), hatten daneben ihre Beysitzer [1]), und konnten einen andern substituiren [2]). Auch einem Delegato Papali steht nach canonischen Rechten ein Vollstreckungs- und Subdelegationsrecht zu [3]), welche Befugniß aber den heutigen Commissarien nicht schlechthin eingeräumt werden kann [4]). Es sind auch heutiges Tages nicht alle Commissarien iudices delegati, indem häufig Commissarien für solche Sachen bestellt zu werden pflegen, welche keine Justizsachen sind [5]). Da indessen die zu Justizsachen ver-

II. Th. 57. Hauptst. §. 1192. ff. und besonders Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. I. Th. II. Abschn. 6. Hauptst. §. 54. ff.

99) Schon Wernher schreibt in seinen Observat. for. T II. P. X. Obs. 375. *Mirum est, quam incerta et turbida sint, quae vulgo Doctores de hodiernis Commissariis, eorumque potestate tradunt. Praecipua confusionis origo ex eo repetenda est, quod eos ad modulum mandatariorum iurisdictionis secundum ius civile, aut delegatorum papalium iuxta ius canonicum metiri soleant, a quibus utrisque tamen multis modis differunt.*

100) *L. 5. C. de fruct. et lit. exp.*

1) *Nov. LX. cap. 2.*

2) *L. un. Cod. qui pro sua iurisd. iudic. dare darive poss. L. 5. Cod. de iudic.* CUJACIUS Observat lib. XII. c. 1. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digest. h. t. § 6.

3) *Cap. 26. X. de off. et pot. iud. del. Cap. 28. X. eodem.*

4) WERNHER cit. loc.

5) Vid. LYNCKER Diss. de commissario caesareo ad negotia status, et ad negotia iustitiae. *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protest. T. I. lib. I. Tit. XXIX. §. 8.

verordneten Commissarien in der That iudices delegati sind, so hat man, wie auch Schilter bemerkt [6]), wenigstens die Hauptgrundsätze aus dem canonischen Rechte, so weit sie anwendbar sind, beybehalten, obwohl freilich bey der Anwendung derselben überall mit Vorsichtigkeit zu Werke zu gehen ist. Der Grund der delegirten Gerichtsbarkeit ist nun ein von dem Oberherrn ertheilter Auftrag, welcher heut zu Tage eine Commission genennt wird. Diese Commission ist zwar meistentheils nur eine zeitige, welche auf einem speciellen Auftrage des Oberherrn beruhet; sie kann aber auch zuweilen eine beständige seyn, wenn der Oberherr jemand in gewissen bestimmten Sachen, deren Cognition eigentlich für ihn, oder desselben höchstes Landesjustiz-Collegium gehört hätte, durch ein allgemeines Gesetz ein für allemal die Gerichtsbarkeit überträgt, welche dieser commissarische Richter vi delegationis perpetuae entweder zu gewissen Zeiten, oder so oft sich dergleichen Sachen ereignen, auszuüben befugt seyn soll. Hieraus entsteht die Eintheilung der Commissarien, daß sie entweder *temporarii* oder *perpetui* sind. So z. B. ist, vermöge eines Churfürstlich sächsischen Mandats [7]) dem Kreisamtmann und dem Rathe zu Leipzig wegen derjenigen, welche in dem Churfürstenthume auch inkorporirten und andern Landen schriftsässige Güter besitzen, oder sonst wegen ihrer auf sich habenden Chargen für schriftsässig zu achten, wenn sie zur Meßzeit nach Leipzig kommen, ohne

6) in Praxi Iur. Rom. in foro germ. Exercit. V. §. 22. in fine; wo es heißt: *Quamobrem de iure hodierno Commissariorum non tam ex iure Romano, quam ex moribus et iure canonico de iudice delegato iudicandum videtur.*

7) vom 6. Sept. 1718. in Cod. August. T. II. pag. 2079. S. Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts 12. Hauptst.

Unterschied der Person, zum Verfahren nach Wechselrecht eine perpetuirliche Commission aufgetragen worden. Und wem ist nicht aus dem canonischen Rechte der beständige Auftrag des apostolischen Stuhls bekannt, vermöge dessen die teutschen Bischöffe die geistliche Gerichtsbarkeit in Sachen, welche die exemten Mönche und Religiosen betreffen, in ihren Diöcesen ausüben [8]? Commissarien können endlich entweder zur ganzen Sache, das ist, zu allen zu der Justizsache, welche ihnen aufgetragen worden, gehörigen Geschäften, oder zu diesem oder jenem dabey vorkommenden einzelnen Geschäfte bestellt seyn. Z. B. wenn die Commission blos auf Einnehmung eines Augenscheins, Abhörung der Zeugen, Verrichtung der Execution, oder andere dergleichen einzelne Handlungen einer gerichtlichen Rechtssache gerichtet ist.

§. 198.

Wer kann Justiz-Commissionen erkennen, und in welchen Fällen werden sie angeordnet? Wer trägt die Unkosten?

Das Recht, Commissionen in einzelnen Rechtssachen zu deren Untersuchung und Entscheidung anzuordnen, kommt nur dem Regenten zu, welcher die Quelle der Gerichtsbarkeit ist. Dieser ist in weltlichen Sachen der

8) So ist wenigstens der Exemtionsstreit im Tridentinischen Concilium Sess. VI. de Reformat. c. 3. Sess. XIV. c. 4. XXIII. 15. XXIV. 11. XXV. c. 4. 6. 12. et 14. beygelegt worden. Allein man sehe die zu Wezlar 1791. erschienene sehr gründliche Abhandlung über die sogenannten Exemtionsprivilegien der Geistlichen von der bischöflichen Gerichtsbarkeit, in wie fern sie nach den Reichsgesetzen gegründet seyn, und rechtliche Rücksicht verdienen. 8.

der reichsunmittelbaren Personen in Teutschland der Kaiser, in Sachen der Mittelbaren aber der Landesherr. Es ist ganz irrig, wenn einige Rechtsgelehrten auch den höchsten Reichsgerichten, oder hohen Landesjustizcollegien, welche den Landesherrn vorstellen, ein gleiches Recht einräumen wollen. Claproth [9]) hat das Gegentheil erwiesen. In kirchlichen Rechtssachen Commissarien zu bestellen, ist ein Recht des Obern, bey welchem die Kirchengewalt ist [10]). Den Consistorien und geistlichen Gerichten steht hingegen diese Befugniß in der Regel nicht zu [11]). Wofern nicht etwa nur von solchen Commissionen die Rede wäre, welche blos einzelne Handlungen eines gerichtlichen Rechtsstreits betreffen. Denn diese können auch obere Gerichte und Landescollegien erkennen. Wir wollen hier nur bey den Justizcommissionen in Civilsachen stehen bleiben. Diese sind entweder kaiserliche, oder landesherrliche Commissionen. Erstere können anders nicht erkannt werden, als wenn die Sache an sich an eines der höchsten Reichsgerichte gehört, und daselbst per processum ordinarium verhandelt werden kann. Es darf daher durch solche Commissionen so wenig den Rechten der erstern Instanz als den privilegiis de non appellando zu nahe getreten werden. Von diesen kaiserlichen sowohl Untersuchungs- als Executions-Commissionen hat Johann Jacob Moser sehr ausführlich gehandelt [12]). Landesherrliche Justiz-

9) Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. I. Th. §. 56.

10) *Cap.* 1. 3. 21. 41. X. *de offic. et potest. iud. delegati.* *Cap* 4. *eod. in* 6*to.*

11) *G. L.* BOEHMER in Princip. iuris canonici Lib. II. Sect. III. Tit. VII §. 246.

12) Einleitung zu dem Reichshofrathsproceß. I. Th. S. 345 — 644. und II. Th. S. 159. u. folgg. Diesem ist beyzufügen

Christ.

commissionen werden entweder auf Ansuchen einer oder beyder Partheyen, oder aus eigener Bewegung erkannt.

Es mag jedoch auf die eine oder die andere Art geschehen, so wird immer dazu erfordert, daß eine rechtsmäsige, wichtige und erhebliche Ursache vorhanden sey. Denn Commissionen sind von mehr als einer Seite eine sehr bedenkliche Sache. Sie hemmen den Lauf der Rechtspflege, erschweren die Kosten, und der andere Theil verliert dadurch die Vortheile der ersten Instanz [13]). Der Landesherr kann daher aus eigener Bewegung eine Commission nicht anders rechtmäsig verordnen, als wenn entweder die Rechtssache eine solche ist, die er überhaupt vor sein Cabinet oder seinen geheimen Rath zu ziehen berechtiget ist, oder die öffentliche Wohlfahrt des Staats die Ernennung einer Commission nothwendig macht; oder die Sache von der Art ist, daß sie vor dem ordentlichen Richter nicht füglich erörtert und vorgenommen werden kann; z. B. wenn es auf Abnahme und Berichtigung weitläuftiger Rechnungen ankommt. Hierher gehören auch alle Streitigkeiten über weit aussehende Entschädigung wegen übler Behandlung eines Gutes; alle ins Weite gehende Beschwerden der Gerichtsunterthanen wider ihre Guts, oder Gerichtsherren u. dgl. m. [14]). Eben so wenig darf auch blos auf das Ver-

Christ. Gottl. BUDERI Diss. de commissario imperiali in causis feudalibus. *Ienae* 1743.

13) Hier verdient vorzüglich nachgesehen zu werden Jacob Gottl. Siebers Abhandlung von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn selbst Recht zu sprechen. 2. Buch 1. Hauptst. 4. Abth. 1. Abschn.

14) S. BOEHMER in Iur. Eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 29. §. 16. Hoffmann teutsche Reichspraxis II. Th. §. 1200. Cloproth ordentl. bürgerl. Proceß I. Th. §. 55.

Verlangen der einen Parthey wider den Willen der andern eine Commission ernannt werden, wenn nicht ein ausserordentlicher und rechtmäsiger Grund hierzu vorhanden ist. Denn niemand kann wider seinen Willen von seinem gehörigen Gerichtsstande vor ein ausserordentliches Gericht gezogen werden [15]). Eine solche rechtmässige Ursache wäre z. B. wenn der ordentliche Richter verdächtig ist, und mit der andern Parthey in solchen Verhältnissen steht, daß man ein ungerechtes Urtheil mit Grunde befürchten muß u. d. m. Ausserdem hat der Gegentheil die Befugniß, erstlich sich überhaupt der commissarischen Untersuchung zu widersetzen, wenn der Fall nämlich so beschaffen ist, daß überall keine Commission erkannt werden könnte, und dann auch zweytens sich den ernannten Commissarius aus anzuführenden Gründen zu verbitten [16]). Ueber die Ursachen der Verbittung kann jedoch der ernannte Commissarius, ohne Nichtigkeit zu begehen, nicht urtheilen; sondern diese müssen bey dem Committenten angezeigt, und bescheiniget werden [17]). Sind mehrere Commissarien mit der Gewalt ernennt, daß einer auch ohne den andern solle verfahren dürfen, und einer von denselben recusirt wird, so kann der andere die angegebene Ursache untersuchen, und, wenn dieselbe gegründet befunden wird, die Hauptsache nun allein vornehmen [18]). Es kann auch der Gegentheil drittens einen

15) STRYK Introduct. ad prax. for. Cap. II. §. 20. 21.

16) Von den Recusationen delegirter Richter handelt sehr gründlich *Franc.* FLORENS in Operib. iurid. Tom. II. p. 210. edit. LORBER *a* STOERCHEN. *Norimb.* 1756. 4.

17) *Cap.* 4. *de off. et pot. iud. del. in* 6*to.* BOEHMER Iur. Eccl. Prot. Lib. I. Tit. 29. §. 22.

18) *Cap* 4. *cit. Cap.* 22. X. *de offic. et pot. iud. del. c.* 13. X. *de Rescript.*

Concommissarius erbitten [19]). Wenn in der Sache, weßwegen die Commission ernennt werden soll, entweder schon eine Litispendenz vorhanden ist, oder der ordentliche Richter, dem durch die Ernennung der Commission Eintrag geschehen würde, die Gerichtsbarkeit erb- und eigenthümlich besitzt, so kann nicht einmal mit beyder Partheyen Einwilligung eine Commission verordnet werden, wenn nicht etwa Gründe der öffentlichen Wohlfahrt, oder andere sehr wichtige Ursachen z. E. offenbare Verweigerung oder Verschleifung der Justiz solches unumgänglich nothwendig erfordern [20]). Die Kosten der Commission muß vor der Hand der Impetrant tragen [21]). Am Ende der Sache wird es sich ausweisen, ob der andere Theil, daferne er sachfällig wird, die Commissionskosten wieder erstatten muß. Wäre jedoch die Commission entweder aus eigenem Gutbefinden des Committenten, oder auf Ansuchen beyder Partheyen angeordnet worden, so werden die Unkosten beyden Theilen zugleich auferlegt [22]). Die Executionscommissionen aber ergehen jederzeit auf Kosten dessen, welcher exequiret wird [23]). Der Commissarius darf auch diese Unkosten executivisch beytreiben [24]).

§. 199.

19) *Cap.* 39. X. *de Off. et pot. iud. del.* Claproth a. a. O. §. 59. Hofmann a. a. O. §. 1199.

20) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXVII. med. 4. et 5. Hofmann §. 1201. und besonders CARPZOV in Respons. Iuris Lib. II. Respon. 51. n. 16. sqq.

21) Von den Commissions-Unkosten handelt sehr ausführlich Moser im Reichshofraths-Proceß I. Th. 2te Abhandlung. Kap. 7. Siehe auch BOEHMER Decis. et Consult. T. II. P. II. Resp. 1154. n. 100.

22) ICti Tubingenses Vol. V. Cons. XVI. n. 9.

23) BOEHMER T. III. P. II. Cons. 17. n. 8.

24) Moser a. a. O. §. 6.

§. 199.

Eröfnung der Commission. Verfahren und Gewalt des commissarischen Richters. Erklärung des Commissarials. Appellation gegen Commissionsurtheile.

Wenn nun eine Commission rechtmäsig erkannt worden ist, so ist es zwar in der Regel nicht gewöhnlich, die Commissarien zu den einzelnen Rechtssachen, welche ihnen aufgetragen werden, zu vereidigen [25]), es ist auch nicht nöthig, daß ihnen ein Actuarius an die Seite gesetzt werde [26]), indem es eine bekannte Rechtswahrheit ist, daß einer zugleich Richter und Actuarius seyn kann [27]), daher das von einem Commissarius geführte Protocoll vollen Glauben verdient, wenn er auch gleich nicht darauf beeidiget ist [28]); dahingegen bringt es die Natur der Sache mit sich, daß der Commissarius mit dem gehörigen Auftragsschreiben, oder *Commissorium*, versehen seyn, und sich dadurch legitimiren müsse. Denn dieses Commissoriale beglaubiget nicht nur den ihm geschehenen Auftrag, sondern bestimmt auch den Umfang seiner Gewalt. Es muß daher gleich bey Vorladung der Partheyen [29]) nicht nur denselben in Abschrift mitgetheilet

25) *I. H.* BOEHMER Iur. Eccl. Prot. Tom. I. Lib. I. Tit. XXIX. §. 44. Hofmann teutsche Reichspraxis 2. Th. §. 1203. Struben rechtl. Bedenken IV. Th. Bed. 104.

26) BOEHMER a. a. O. behauptet zwar das Gegentheil, allein Strube a. a. O. hat ihn widerlegt. Eine Ausnahme findet jedoch in peinlichen Fällen statt. S. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses I. Th. §. 2322.

27) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXVII. med. 7.

28) Struben a. a. O. MÜLLER Obs. pract. ad Leys. T. I. Fasc. II Obs. 119.

29) Die Vorladung geschiehet unmittelbar unter der Clausel von Commissionswegen. Die Requisition des ordentlichen

let [30]), sondern auch dem ordentlichen Richter davon Nachricht gegeben werden [31]). In dem anberaumten Termin aber ist das Original des Auftragsschreibens selbst gehörig vorzuzeigen, und mit Ablesung desselben die Commission gewöhnlicher Maaßen zu eröfnen [32]). Das übrige Verfahren richtet sich nach der dem Commissarius ertheilten Vorschrift, und der gemeinen Proceßordnung [33]). Denn, daß der Commissionsproceß immer ein summarischer Proceß sey, ist ein ungegründetes Vorurtheil [34]). Der Commissarius - muß nun besonders dahin sehen, daß er nicht weiter gehe, als er nach einer vernünftigen Erklärung seines Commissorials zu gehen befugt ist [35]). Denn was er auffer den Grenzen seines commissarischen Auftrags in der Sache unternimmt, ist mit einer Nichtigkeit behaftet [36]); es wäre denn, daß das Verfahren des

lichen Richters ist daher nicht nöthig. WERNHER sel. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 233. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. VII. Th. 10.

30) *de* CRAMER in Observat. iur. univ. Tom. II. P. II. Obs. 716.

31) *Cap.* 31. X. *de Offic. et pot. iud. deleg. cap.* 24. X. *de Rescript.* Estors Anfangsgr. des gem. und R. Proc. I. Th. §. 2308.

32) Man sehe hier vorzüglich Hofmann T. Reichspr. 2. Th. §. 1206.

33) *Cap.* 13. X. *de Off. et pot. iud. deleg.* Den ganzen Commissionsproceß hat RULANT in Tr. de Commissariis P. I. lib. V. am vollständigsten abgehandelt.

34) S. Rettelbladts Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrheit II. Th. I. Buch II. Hauptst. 2. Tit. §. 884.

35) *Cap.* 13. X. *de off. et pot. iud. del.* Hier ist besonders zu empfehlen RULANT de Commissariis P. I. Lib. III. cap. 2. 3. et 4.

36) *Cap.* 22. 32. 37. 40. X. *de off. et pot. iud. deleg.* *Cap.* 22. X. *de rescript.*

des Commissarius von dem Committenten oder derjenigen Parthey, welcher es zum Nachtheil gereicht, genehmiget würde, oder das Versehen desselben blos in der Unterlassung einer ihm auferlegten nothwendigen Handlung bestünde, und diese, der bisherigen Verhandlung unbeschadet, noch ergänzet werden könnte [37]). Wenn es nun aber gleich an sich allerdings seine Richtigkeit hat, daß ein Commissoriale, welches bestimmt und deutlich abgefaßt ist, keine Ausdehnung leidet [38]), und daher z. B. eine blos zur Regulirung des Schuldenwesens eines teutschen Reichsstandes verordnete kaiserliche Debitcommission keinesweges auf eigentliche Regierungssachen erstreckt werden darf; sondern selbige nach wie vor in des Reichsstandes Händen in ihrem vorigen Gange ungehindert gelassen werden müssen [39]), oder aber ein Commissarius, welchem Zeugen zu verhören, aufgetragen worden, so wenig Urkunden anerkennen zu lassen, als den Augenschein einzunehmen authorisirt ist [40]); so ist dennoch al-

les

37) Man vergleiche hier vorzüglich *I. E. I.* MÜLLER Observat. practicas ad Leyseri meditat. ad Digesta. T. I. Fasc. II. Observat. 123. pag. 27. sqq.

38) Es folgt dieses auch schon daraus, weil Commissionen eine Art der Bevollmächtigung sind Nun aber muß jeder Mandatarius die ihm angewiesenen Gränzen genau beobachten. Er handelt nichtig, wenn er mehr thut, als sein Auftrag enthält. *L.* 5. *pr. D.* u. *L.* 12. *Cod. mandati.* S. *Tob.* BARTH Dissensuum in praxi occurr. Centur. VII. diss. 615.

39) Pütters Rechtsfälle III. Bandes 3. Th. Resp. CCLXXIX. S. 622. ff.

40) Hofmanns T. Reichspraxis 2. Th. §. 1209. BARTH cit. l. pag. 77. Estors Anfangsgr. des gemeinen und R. Processes. 1. Th. §. 2316. LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. 28. coroll. 1. Es muß jedoch billig der Fall ausgenom-

les dasjenige ohne Zweifel ebenfalls für aufgetragen zu halten, mithin ein Commissarius zu thun befugt, was die Natur und die Beschaffenheit der ihm aufgetragenen Sache mit sich bringt, oder auch sonst mit der Commission in einer natürlichen Verbindung steht, und gleichsam als Mittel zum Endzweck anzusehen ist, wenn auch gleich solches nicht ausdrücklich in dem Commissoriale enthalten seyn sollte [41]). Ein Commissarius kann daher nicht nur die Partheyen vorladen, sondern auch deren Ungehorsam bestrafen [42]). Darf über die erhobenen Nutzungen, Zinsen, das Interesse und die Kosten sprechen [43]). Kann, wenn er auch nur des Possessoriums halber gegeben ist, dennoch, sofern das Petitorium liquid seyn sollte, auch darinn erkennen [44]). Ist er zur Untersuchung einer Sache verordnet, so darf er auch Zeugen vorladen und sie abhören, wenn sie gleich einen befreyeten Gerichts-

nommen werden, da die Aussagen der Zeugen die Einnehmung des Augenscheins nothwendig erfordern. S. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. I. Fasc. II. Obs. 125.

41) S. RULANT P. I. Lib. III. cap. 3. RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 494. Hofmann §. 1210. Cramers Wezlar. Nebenstunden Th. 99. S. 138. ff.

42) *Cap.* 5. X. *de offic. et pot. iud. deleg.* GAILL lib. I. Obs. 35. n. 9.

43) HARPPRECHT Vol. novo Consil. XXVII. n. 31.

44) GAILL cit. loc. n. 11. *Frustra enim de possessione contenditur, et ius dicitur*, sagt MEVIUS Tom. II. P. VI. Dec. 100. *ubi de petitorio liquida res est. Tunc enim petitorium absorbet possessorium. Et potest non modo, sed etiam debet iudex super evidenti petitorio ius dicere, etsi tantum super possessorio lis et conclusum fuerit; immo etsi libellus unice comprehenderit, et de se non intromittendo in petitorium protestatio multiplex accesserit.*

richtsstand haben sollten [45]); und wenn ihm die ganze Sache aufgetragen worden ist, so ist kein Zweifel, daß er auch das von ihm eröfnete rechtskräftige Urtheil vollstrecken könne [46]). Die Wiederklage kann jedoch nur in soferne bey der Commission angestellt werden, als die letztere auf Ansuchen beyder Partheyen oder wenigstens des Widerbeklagten erkannt worden ist [47]); dahingegen sie in dem Falle nicht zugelassen wird, wenn die Commission aus höchst eigener Bewegung herrührt [48]), oder dieselbe blos auf die Klage (conventio) eingeschränkt ist [49]); es wäre denn, daß die Reconvention mit der Hauptsache so

45) *Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Observat. select. forens. Specim. I. Observat. 13.

46) Ex eo enim, heißt es im *cap.* 5. X. *de off. et pot. iud. del.* quod causa cuidam simpliciter committitur, super omnibus, QUAE AD CAUSAM IPSAM SPECTARE NOSCUNTUR, plenariam recipit potestatem; und in *cap.* 28. X. *eodem* wird noch der Grund hinzugefügt: iurisdictio illa (sc. delegata) nullius videretur momenti, si coercitionem aliquam non haberet. S. BOEHMER Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 29 §. 37. et 38. und *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VII. §. 248. Estor Anfangsgr. des gem. und R. Proc. I. Th. §. 2321.

47) GAILL Lib. I. Obs. 35. n. 12. BARTH Cent. VII. dissensu 615. §. 13. Hofmann T. R. Praxis I. Th. 55. Haupt. §. 1102. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. 123. med. 1. 2.

48) BERGER in Elect. Discept. For. T. VI. Obs I. n. 4. In dem Falle, da die Commission aus höchst eigener Bewegung erkannt worden ist, fällt auch der Grund der Reconvention weg, welcher nach *L.* 14 *Cod. de Sentent. et interloc. iudic.* darin besteht, ut, cuius in agendo quis observet arbitrium, eum habere et contra se iudicem, in eodem negotio non dedignetur.

49) LEYSER a. a. O. med. 3.

so genau cohärirte, daß letztere ohne die erstere nicht füglich erörtert werden könnte [50]). Tritt jedoch irgend ein gegründetes Bedenken ein, so ist es am rathsamsten desfalls an den Committenten Bericht zu erstatten, und sich Verhaltungsbefehle darüber zu erbitten [51]).

Gegen die Erkenntnisse und Verfügungen eines commissarischen Richters findet nach gemeinen Rechten die Appellation an den Committenten statt [52]), woferne nicht etwa der Auftrag mit dem Anhange geschehen wäre, daß sich der Commissarius an keine Appellation oder andere Rechtsmittel kehren solle [53]), welches jedoch, da niemanden der Weg der Vertheidigung abgeschnitten werden darf, anders nicht als aus rechtmäsigen Gründen geschehen kann [54]). Ein solcher rechtmäsiger Grund wäre z. B. wenn der Auftrag einen solchen Gegenstand beträfe, wobey ganz unleugbar kein Rechtsmittel Statt fände. Nach unserer heutigen Justizverfassung geschiehet jedoch durchgehends die Appellation von den Aussprüchen der landesherrlichen Commissarien an die höchsten Gerichte des Landes, von den Aussprüchen der kaiserlichen Commissarien aber an die höchsten Reichsgerichte [55]). Die Lehre

50) *Cap.* I. X. *de mut. petit.* BOEHMER Iur. Eccl. Protestant. Lib. I. Tit. 29. §. 35.

51) RULANT de Commissariis P. I. lib. III. cap. 4.

52) *Cap.* II. *de off. et pot. iud. deleg. in VIto.*

53) *Cap.* 27. §. 5. X. *eodem. Cap.* 53. X. *de appellat.* Es wird aber dennoch bey offenbarer Ungerechtigkeit des Urtheils die Appellation zugelassen. *Cap.* 9. X. *de sentent. et re iud. cap.* 47. X. *de appellat.*

54) Claproth in dem ordentl. bürgerl. Proceß I. Th. §. 58.

55) S. *de* LUDOLF Observat. For. P. I. Obs. 100. MEVIUS P. I. decis. 250. Claproth ordentl. bürgerl. Proceß I. Th. §. 63.

Lehre von der Subdelegation wird erst beym §. 208. abgehandelt werden.

§. 200.

Wenn die Commission aus mehrern Commissarien besteht, können in der Abwesenheit des einen die übrigen gültig verfahren?

Es ist nicht ungewöhnlich, in einer Civiljustizsache, besonders wenn sie von Wichtigkeit ist, mehrere Commissarien zu ernennen. Zuweilen bringen die Partheyen selbst mehrere Commissarien in Vorschlag. Es können aber auch erhebliche Bedenklichkeiten den Committenten bewogen haben, mehrere Commissarien zu verordnen, oder man setze den Fall, daß sich der andere Theil, welches ihm frey steht, einen Concommissarius erbeten habe. Es sey nun der eine oder der andere Fall vorhanden, so entsteht die Frage, ob einer ohne den andern in der aufgetragenen Rechtssache etwas gültig vornehmen könne[56])? Man hat zunächst darauf zu sehen, ob diesen mehreren commissarischen Richtern der Auftrag auf eine unbestimmte Art, und ohne allen weitern Zusatz geschehen, oder unter einer bestimmten Clausel. Im erstern Falle

§. 63. F. A. Mehlen über die Appellation und andere Impugnativmittel gegen richterl. Erkenntnisse. (Berlin u. Stralsund 1791. 8.) §. 49. S. 79. Moser im Reichshofraths-Proceß I. Th. 2te Abh. 5. Kap. §. 34. In Preussischen und Churbraunschweigischen Landen sind sogar ausdrückliche Verordnungen darüber vorhanden. S. Siebers Abhandl. von der Macht der Reichsstände selbst Recht zu sprechen. §. 184. ff.

56) *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXIX. §. 23—32. hat diese Frage umständlich erörtert.

Falle müssen dieselben zusammen die Commission und alle einzelne Stücke derselben ausführen, und einer kann ohne den andern nichts gültiges vornehmen [57]). Daher verbindet die von dem einen Commissarius ohne den andern verfügte Citation den Vorgeladenen nicht [58]), und das Urtheil ist ipso iure nichtig, was einer ohne den andern gesprochen hat [59]). Es wäre denn, daß der Abwesende dem andern seine Stelle übertragen hätte, und ihm diese Gewalt im Auftragsschreiben beygelegt worden [60]). In diesem Falle kann zwar der andere allein, jedoch nicht anders, als im eigenen und des behinderten Concommissarius Namen, verfahren [61]). Sind demnach mehrere Commissarien zur gemeinschaftlichen Betreibung der ihnen aufgetragenen Sache bestellt, so kann keiner den andern ausschliessen [62]), es ist vielmehr die Gegenwart aller dieser Commissarien so nöthig, daß durch den Tod des einen auch sogar die Gewalt der übrigen aufhört [63]).

Wenn hingegen mehrere Commissarien unter einer bestimmten Clausel ernannt worden sind, so kann diese Clausel von doppelter Art seyn. Entweder die alternative Clausel: sammt oder sonders, das ist, einer vor

57) *Cap.* 16. *et* 22. X. *de offic. et pot. iud. deleg.* Das röm. Recht stimmt hiermit völlig überein. *L.* 37. u. 39. *D. de re iud.*

58) *Cap.* 22. alleg.

59) *Cap.* 16. *cit.*

60) *Cap.* 6. X. *eodem.*

61) Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß I. Th. §. 57. S. 215.

62) *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. V. Obs. 1300.

63) *Cap.* 42. X. *de offic. et pot. iud. del.*

vor alle und alle vor einen, welche in den Decretalen des P. Bonifacius VIII. mit den Worten ausgedruckt wird: *ut omnes, aut duo, aut unus eorum mandatum exequantur* [64]); oder die bedingte Clausel: daß wenn einer oder der andere der Commission nicht beywohnen könnte, oder wollte, alsdenn die übrigen sich der Sache allein zu unterziehen befugt seyn sollten, welche im canonischen Recht folgendermassen lautet: *Quodsi non omnes interesse velint aut possint, reliqui in negotio procedant* [65]). Man hält insgemein dafür, daß eben dieses auch der Sinn der Clausel: sammt und sonders sey. Allein dem Wortverstande nach ist sammt und sonders und sammt oder sonders einerley, daher allerdings mit Claproth [66]) anzurathen ist, in dem Commissorial-Rescripte statt jener Clauseln bestimmtere Ausdrücke zu gebrauchen. Der Unterschied besteht nun darin. Ist der Commissionsauftrag mehrern unter der alternativen Clausel und in solidum geschehen, so kann sich der eine so gut, als der andere der Sache unterziehen, und wenn einer derselben, ohne die anderen, den Auftrag allein zu vollziehen angefangen hat, so gehet dieser hernach den andern so lange vor, als er die Sache betreibt und betreiben kann, es wäre denn, daß in dem Auftragsschreiben ausdrücklich verordnet worden, daß keine Prävention statt finden solle [67]). Ist dieses nicht geschehen, so können die übrigen sich der Sache weiter nicht annehmen, es sey denn, daß der erstere wegen Krankheit oder aus einer andern rechtmäsigen Ursache die Commis-

64) Cap. 8. *eodem in VIto.*

65) Cap. 21. 23. u. 30. X. *eodem.*

66) Claproth a. a. O. §. 57. S. 216.

67) Dieß ist der Sinn der Clausel: *Quod non melior fieri debeat conditio occupantis*, im Cap. 6. *de procurat. in VIto.*

sion nicht fortsetzen könnte, oder nicht fortsetzen wollte [68]). Wenn hingegen die Commission mehreren unter der bedingten Clausel: *si non omnes* aufgetragen worden ist, so können zwar die übrigen die Commission allein ausführen, wenn der Fall eintritt, daß einer nicht dabey seyn wollte oder könnte [69]). Es muß aber doch vorher die Verhinderung oder Entschuldigung den übrigen gehörig angezeigt werden [70]). So lange dieses nicht geschehen ist, kann keiner ohne den andern das mindeste unternehmen [71]). Die Gesetze erklären ein solches Verfahren für nichtig, so von dem einen ohne Zuziehung des andern, der sich nicht entschuldiget hatte, unternommen worden ist [72]). Wie? wenn der Auftrag blos unter der

68) *Cap.* 8. *de off. et pot. iud. del. in VIto.* Quum plures sub illa forma, ut omnes, aut duo, vel unus eorum mandatum apostolicum exequantur, aut alia consimili, iudices vel executores a sede apostolica deputari contingit: ipsorum quilibet iniunctum potest libere adimplere mandatum. Porro uno eorum negotium inchoante commissum, alii nequibunt se ulterius intromittere de eodem, nisi vel infirmitate, vel alia iusta causa illum contingeret impediri: aut si nollet, vel malitiose in eo procedere recusaret.

69) *Cap.* 13. X. *eodem.* Conf. *Franc.* FLORENS in Operib. iurid. Tom. II. pag. 206.

70) *Cap.* 13. X. *de rescript.*

71) *Haec enim censetur esse mens delegantis*, sagt BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. T. I. lib. I. Tit. 29. §. 29. ganz richtig, *ut omnes* MAGIS *quam unus procederet, non vero ut* PRO LUBITU *unus alterve eorum causam commissam, quae pluribus delegata est, exequi debeat.*

72) *Cap.* 21. X. *de Off. et pot. iud. deleg.* — In hoc casu taliter respondemus, quod cum aliquis delegatorum iudicum per certum nuncium vel excusatorem literatorie destinatum non ostenderit, se interesse non posse, vel alias de eodem con-

der Clauſel: daferne einer oder der andere der Commiſſion beyzuwohnen verhindert würde, geſchehen wäre, und einer, ohne gerade ein nothwendiges Hinderniß anführen zu können, ſich entſchuldigte, blos weil er nicht dabey ſeyn wollte, können die übrigen dennoch gültig verfahren? Böhmer [73]) läugnet dieſes, weil Commiſſorial-Reſcripte ſtreng nach den Worten zu erklären, und dieſes auch der ausdrücklichen Verordnung des P. Cöleſtins [74]) gemäß ſey. Allein Engel [75]) und van Eſpen [76]) ſind anderer Meinung, und dieſe ſcheint mir billig den Vorzug zu verdienen. Denn einmal würde ſich ja Cöleſtin ſelbſt widerſprochen haben, der in einer andern Verordnung [77]) ganz deutlich ſagt: Adiicimus etiam, quod ubi fuerit in commiſſione adpoſitum, *ut*

conſtare non poterit, reſidui procedere ad cauſae cognitionem non debent: quod ſi proceſſerint, nihil reputabuntur egiſſe.

73) Cit. loco §. 28.

74) *Cap.* 13. *X. de reſcript.* Die Worte, worauf ſich Böhmer beruft, lauten folgendergeſtalt: Nec enim ille, qui tantummodo non vult intereſſe, hac impoſſibilitatis interpretatione valeat aliquatenus excuſari: niſi forte ſic in reſcripto habeatur expreſſum, ſi non omnes interfuerint, vel ſimul nequiverint, aut noluerint intereſſe.

75) in Collegio univ. iüris canon. Lib. I. Tit. XXIX. n. 16. — *Iſta porro conditio:* SI NEQUIVERINT, ſagt dieſer berühmte Canoniſt, *involvit etiam conditionem:* SI NOLUERINT, *adeoque condelegatis* NOLENTIBUS *intereſſe, reliqui procedere poterunt.*

76) in Iure Eccleſ. Univ. P. III. Tit. V. Cap. II. §. 40. — *Quodſi clauſula tantum exprimat,* SI INTERESSE NEQUIVERINT, *et unus ex* ipſis, *cum* POSSIT, NOLUERIT *intereſſe, reliqui nihilominus poſſunt procedere.*

77) *Cap.* 21. *X. de off. et pot. iud. deleg.*

ſi omnes intereſſe nequiverint, duo eam nihilominus exequantur: Si aliquis ex ipſis, cum poſſit, *noluerit intereſſe*, duo nihilominus in cauſa procedant, licet ille tertius graviſſime ſit arguendus pro eo, quod mandatum apoſtolicum exequi ſubterfugiat aut contemnat. Zum andern iſt auch die vom Böhmer angeführte Verordnung gar nicht entgegen, indem der Sinn derſelben offenbar nur dahin gehet, daß derjenige Commiſſar, der ohne ein rechtmäſiges Hinderniß ſich der Commiſſion entzieht, zur Verantwortung und Strafe gezogen werden kann, wodurch jedoch die Befugniß der übrigen, bey verweigerter Theilnahme des einen, in der Sache zu verfahren, in mindeſten nicht ausgeſchloſſen wird, wie Böhmer an einem andern Orte [78]) ſelbſt geſteht. Bey ſo deutlicher Vorſchrift der Geſetze kann daher auch die Regel, daß alle commiſſoria ſtrictae interpretationis ſind, keine Statt finden; ſo wie es auch endlich gegen alle Regeln der Critik ſtreitet, wenn man ſtatt der Worte: *ſi omnes intereſſe nequiverint*, mit Böhmer leſen wollte: ſi non omnes interfuerint, indem hierzu gar keine Nothwendigkeit vorhanden iſt. Uebrigens bemerke ich nur noch, daß wenn die mehreren Commiſſarien in Entſcheidung der Sache verſchiedener Meinung ſind, dem Committenten überlaſſen werden muß, welche von beyden er beſtätigen will [79]).

§. 201.

78) §. 27. pag. 669. *Duae quaeſtiones haud confundendae:* I) *Utrum valeat, quod a reliquis, uno recuſante, actum eſt? quod affirmatur;* II) *utrum, qui recuſat implere mandatum iniunctum, delinquat et puniri queat? quod itidem affirmatur.*

79) *Cap. fin. X. de ſententia et re iudic.* — Duobus iudicibus diverſas ſententias proferentibus, ſi ex iurisdictione ordinaria proceſſerunt, tenet pro reo, non pro actore, ſententia, niſi

§. 201.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die allgemeine und besondere. Verschiedene Gattungen der letztern.

Die ordentliche Gerichtsbarkeit, in soferne sie der delegirten entgegen gesetzt wird, wird in Ansehung ihrer Gränzen wieder in die allgemeine und die besondere eingetheilt [80]), je nachdem sie sich entweder auf alle nicht ausdrücklich ausgenommene Personen, Sachen und Oerter binnen einem gewissen District erstreckt, oder blos auf eine gewisse Gattung von Sachen, oder auf eine gewisse Classe von Personen, oder auf gewisse bestimmte Oerter eingeschränkt ist. Erstere macht die Regel aus, die letztere aber ist wie eine Ausnahme von der Regel zu betrachten, daher wird auch jene von einigen Rechtsgelehrten *iurisdictio ordinaria*, diese aber *iurisdictio exemta* genennt [81]). Eine allgemeine Gerichtsbarkeit haben z. B. Hofgerichte, Canzeleyen, Regierungen, Stadtgerichte, die Amtsgerichte auf dem Lande, u. d. m. Die besondere Gerichtsbarkeit begreift sehr viele Arten unter sich. Man kann sie auf drey Hauptgattungen reduciren.

I) Diejenige, welche auf gewisse Gattungen von Sachen eingeschränkt ist. Aus dieser Art entste-

nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote seu testamento, pro ipso fuerit promulgata. *Si vero ex delegatæ potestate, utraque pendet sententia ex arbitrio delegantis.* Add. *L.* 28. *D. de re iudic.*

80) Man vergleiche hier vorzüglich Kopps ausführliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. und civil Gerichte in Hessen Cassel. Landen. I. Theils 3tes Stück; und HILDEBRAND de iurisdictione universa secundum mores hodiernos compendiose considerata. *Alt.* 1714. rec. 1754.

81) S. *Christ. Gottl.* BIENERI Diss. de iurisdictione ordinaria et exemta. *Lipsiae* 1777.

hen die Handelsgerichte, welche blos mit Handlungs- und Wechselsachen; die Zunftgerichte, welche blos mit Handwerkssachen; die Berg- und Thalgerichte, welche blos mit Berg- und Salzwerkssachen; die Forstgerichtsbarkeit, oder forstliche Obrigkeit, welche blos mit Forstsachen; die Lehnsgerichtsbarkeit, welche blos mit Lehnsachen; die Vormundschafts-, oder Waisengerichte, welche blos mit Vormundschaftssachen zu thun haben, u. dgl. m.

II) Diejenige, welche blos auf eine gewisse Gattung von Personen eingeschränkt ist. Zu dieser Art gehören die Hofmarschallsgerichte, welche die Gerichtsbarkeit blos über die fürstlichen Hofbedienten; die Kriegsgerichte, welche blos über Soldaten und die zum Soldatenstande gehörigen Personen; die Universitätsgerichte, welche blos über die zur Academie gehörigen Personen und Universitätsbürger; die Fabrikgerichte, dergleichen z. B. in Braunschweigischen über die daselbst auf den Fabriken arbeitenden Personen gehalten werden [82]); ferner die Gastgerichte [83]), welche in den Rechshändeln der Fremden und Reisenden die Gerichtsbarkeit verwalten. Hierher gehören auch die gutsherrlichen Zinsgerichte, deren Gerichtsbarkeit (iurisdictio colonaria) blos auf Meyer und Erbzinsleute eingeschränkt ist, und vor welche nach uralter Observanz nur soche Sachen gehören, welche in Beytreibung gutsherrlicher Gefälle an Rauchhünern, Erbenzins, Baulebung

82) S. E. D. von Liebhaber Einleitung in das Herzogl. Braunschw. Lüneburg. Landrecht. I. Th. 2. Abh. 8. Kap. §. 11.

83) S. *Sam. Frid.* WILLEMBERG Diss. de iudicio peregrinitatis, in Desselben *Exercitat. Sabbath.* P. II. N. 62. u. Kopp von den Gastgerichten, in dem angef. Buche III. St. 8. Abth. §. 308. ff.

bung u. dgl. mittelst der Hülfsvollstreckung, ferner in Einziehung und Wiederbesetzung der zinsbaren Höfe und Meyerdingsgüter, Uebergabe und Veräusserungen derselben, auch Schlichtung der über den Besitz solcher Güter entstandenen Händel bestehen [84]). Alle Sachen dieser Art hat man, nach dem uralten teutschen Herkommen, der Erörterung des Gutsherrn überlassen, besonders da in den ältern Zeiten die Bauern kein Erbrecht an ihren Höfen hatten [85]), und es daher für eine Unbilligkeit gehalten wurde, dem Gutsherrn einen neuen Erbenzinsmann, wider seinen Willen, aufzudringen. Dies war unstreitig der Grund, warum schon in den ältesten Zeiten die Erörterung solcher Sachen, nicht von der richterlichen, sondern gutsherrlichen, Gewalt abhieng, zumal da es hier blos auf die mit den Gutsleuten geschlossenen Verträge ankam, die gutsherrlichen Gefälle aber ständig und gewiß waren, mithin es überall keiner gerichtlichen Untersuchung weiter bedurfte. Da jedoch diese Art der Gerichtsbarkeit sich nur auf Sachen erstreckt, welche Zins, oder Meyerdingsgüter betreffen [86]), so muß freylich die Qualität des Meyerdingsgutes erwiesen seyn. Dieser Beweiß ist aber dem Gutsherrn um so billiger aufzulegen, da der ordentliche Richter die Vermuthung,

84) Man vergleiche Herrn von Selchow's Untersuchung über die wahre Beschaffenheit der teutschen gutsherrlichen Zinsgerichte oder Meyerdinge; in Desselben neuen Rechtsfällen (Frankf. am Mayn 1787. 4.) I. Band Nr. 2. S. 135—314. auch Pufendorf de iurisdict. germ. P. III. Sect. III. cap. 3. und Hofmann T. Reichspraxis. 2. Th. §. 1298.

85) STRUBE ius villic. Cap. II. §. 2. Man lese auch die Glosse über den Sachsenspiegel III. 45.

86) MEINDERS de iurisdictione colonaria Diss. I. pag. 76. sqq.

daß ihm die Cognition allein gebühre, jederzeit für sich hat [87]). Die noch in einigen churſächsischen Orten bekannten Erbgerichte ohne Stab, oder ungestabten Gerichte sind zwar auch eine Art von Zinsgerichten, welche ihren Namen davon erhalten haben, weil sie vom Gutsherrn selbst, ohne Setzung eines Richters und Schöppen, mithin ohne das ehemals gewöhnliche Symbol der Gerichtsbarkeit, nämlich einen Stab, gehalten zu werden pflegen; allein sie erstrecken sich, ausser den Gülteschuldsachen der Zinsleute, auch auf geringe Iniurienhändel derselben [88]).

Sollte hier nicht auch die in Franken so gewöhnliche Gemeindeherrschaft oder *iurisdictio communitatis* [89]) einige Erwähnung verdienen? Man versteht darunter den Inbegriff gewisser Rechte, welche in Gemeindesachen und über die zu einer Gemeinde gehörige Personen, wenn sie auch Unterthanen einer andern Herrschaft sind, ausgeübt werden [90]). Sie darf nicht mit der gemein-

87) *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 840. pag. 241.

88) Eine lesenswürdige Schrift hierüber, *Car. Aug.* IUST de feudo iurisdictionis sine baculo epistola, findet man in des Hrn. Dir. Zepernicks Miscellaneen zum Lehnrechte, 3. Band (Halle 1790. 8.) N. 20. S. 469. folgg.

89) Von dieser handeln ausführlich *Christph. Wilh.* TEUFFEL in Diss. de iurisdictione communitatis sive in res universitatis. *Altorf.* 1719. und Hr. Prof. Siebenkees in der Abh. von der Gemeindherrschaft in Franken; in Desselben Beyträgen zum teutschen Recht. I. Th. (Nürnberg u. Altdorf 1786. 8.) N. VII. S. 209—217.

90) Teuffel in der angef. Dissertation Cap. I. §. 5. sagt IURISDICTIO COMMUNITATIS *est ius sive potestas in communita-*

meinherrschaftlichen Obrigkeit, oder der vielherrigen Herrschaft (iurisdictione communi) die sich in Franken ebenfalls häufig findet, vermischt werden, denn diese letztere steht mehreren Landes- oder Gerichtsherren an einem gewissen Orte gemeinschaftlich zu [91]); allein die Gemeindherrschaft kann einem einzigen zustehen, wenn gleich an diesem Orte mehrere Herrschaften seyn sollten. Sie ist auch von der Landeshoheit gar leicht zu unterscheiden, da die Gemeindeherrschaft sich blos auf Gemeinsdesachen, deren Anordnung, Aufsicht, Untersuchung Entscheidung und Bestrafung einschränkt. Die Rechte der elben sind nicht überall die nämlichen, sondern die Bestimmung derselben hängt in einzelnen Fällen von dem Herkommen und Besitzstande ab. Man pflegt jedoch dahin gewöhnlich zu zählen das Recht Dorfs- und Gemeinsordnungen zu ertheilen; Gebote und Verbote in Gemeindesachen ergehen zu lassen; die Gemeinde-Aemter zu bestellen, und die dazu verordnete Personen z. B. Dorfshauptleute, Schulzen, Dorfs-Vierer, Gemeinschreiber, Gemeinhirten, Amtsknechte ꝛc. in Eid und Pflicht zu nehmen; in Policeysachen zu disponiren, z. B. Caminfeger, Nachtwächter zu bestellen, über Maaß, Elle und Gewicht die Aufsicht zu haben, und alle Verfälschungen zu verhindern; ferner die Abhörung der Gemeinderechnungen, Hut- und Weidesachen, die Benutzung und Austheilung der Gemeindehölzer u. dgl. zu reguliren, und in streitigen Fällen

nitatem seu res universitatis qua tales competens, et de his causis cognoscendi, et ius dicendi, etiamsi in ea aliorum diversorum dominorum subditi sint.

91) Von dieser handeln *Io. Christph.* DONAUER in Diss. de iurisdictione communi sive de condominio iurisdictionali. *Alt.* 1698. und *Ge. Ad.* WILL in Diss. de iurisdictione communi. *Giessae* 1701.

Fällen zu entscheiden, die Unterhaltung der Gassen, Schranken, Wege und Stege, Gemeindeanlagen zur Bestreitung des gemeinen Aufwands zu machen, Gemeinfrohnen auszuschreiben, und in allen Sachen, welche nicht in die Criminalität laufen, das Directorium zu führen. Vornehmlich aber ist dies eine Wirkung der Gemeindherrschaft, daß von derselben die Uebertreter der Gemeinordnungen, diejenigen, die in ihren Gemeindeämtern etwas versehen haben, und die auf gemeinen Gassen und Strassen, öffentlichen Plätzen oder Gemeindewasen, so weit die Markung des Dorfs geht, begangene Frevel gerügt und bestraft werden, in soferne dieselben nicht in die peinliche Gerichtsbarkeit einlaufen. Diese Gemeindherrschaft ist nun in manchem Dorfe der hohen Obrigkeit anhängig, und gehört dem Landesherrn; in manchem Dorfe, insonderheit in solchen, welche nur einen Eigenherrn haben, ist sie mit der Vogteylichkeit verbunden; in manchen Dörfern, welche vermischte Herrschaften haben, wird dieselbe bisweilen privative, bisweilen cumulative, oder auch abwechselnd z. E. auf ein, zwey, oder mehrere Jahre, durch die Eigenherrn ausgeübt; sie kann auch zuweilen der Dorfgemeinde überlassen seyn, und durch die Dorfhauptleute oder Vierer ausgeübt werden; ein Fall, der jedoch heut zu Tage selten ist. Es läßt sich also hierin keine allgemeine Regel geben, sondern es ist in vorkommenden Fällen immer darauf zu sehen, was Verträge, unbestrittenes Herkommen, oder der Besitzstand mit sich bringen.

III) Die dritte Gattung der besondern Gerichtsbarkeit ist endlich diejenige, welche in Ansehung des Orts eingeschränkt ist. Hierher gehören die Zaun- und Pfahlgerichte.

Unter

Unter den Zaun- oder Binnengerichten, oder, wie sie ebenfalls genennt werden, Gerichten binnen Zauns [92]), versteht man eine solche Gerichtsbarkeit, welche blos an gewisse Höfe, Häuser und Wohnungen gebunden ist, und sich weiter nicht erstreckt, als so weit deren Bezirk und Zaun gehet. Der Ort, welcher einem solchen Gerichtszwange unterworfen ist, wird binnenrichtig genennt. Diese Zaungerichte begreiffen in der Regel die völlige niedere Gerichtsbarkeit in dem Bezirke, in welchem sie eingeschränkt sind [93]). Wer diese Gerichte hat, kann daher nicht nur Rechtshändel untersuchen und entscheiden, sondern auch Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit vornehmen, z. B. Contracte, Ehestiftungen u. dgl. bestätigen, inventiren, Vormünder bestellen ꝛc. [94]). Es kann auch einem solchen Richter die Befugniß, über die in dem Bezirke der seiner Gerichtsbarkeit unterworfenen Häuser und Höfe begangenen geringen Verbrechen zu cognosciren und selbige zu bestrafen, eben so wenig, wie einem andern Civilrichter, abgesprochen werden. Daß die Zaungerichte im Zweifel auch auf die obern oder peinlichen Gerichte ausgedehnet werden könnten, wie

Stryk

92) Eine Hauptschrift ist *Sam.* STRYKII Disp. de iurisdictione circumsepta. *Halae* 1670. Man sehe jedoch auch nach Pufendorf P. II. Sect. V. Cap. un. §. 3. seqq. pag. 597.

93) PUFENDORF c. l. §. 6. sagt: *Iurisdictio intra sepes in dubio ita explicanda est, ut civilem quidem plenam, non item altam contineat.*

94) Pufendorf giebt §. 10. S. 602. die Regel: *Iurisdictio intra sepes per se eandem, quam civilis ordinaria, potestatem continet, adeoque si non locus et forum, sed iurisdictio ipsa et potestas inspicitur, iudici intra sepes idem, quod civili vulgari, licet.* Siehe auch Strubens rechtliche Bedenken IV. Th. Bed. 3.

Stryk [95]) behaupten will, streitet gegen die oben vorgetragenen allgemeinen Grundsätze [96]). Daß sie aber mit der peinlichen Gerichtsbarkeit alsdann verbunden seyn können, wenn sie mit dieser Ausdehnung erworben worden sind, ist ausser Zweifel. Da übrigens die Zaungerichtsbarkeit nicht gerade auf die Person der Gutsleute eingeschränkt, sondern eine iurisdictio ratione loci exemta ist, so kann durch dieselbe allerdings auch ein Gerichtsstand in Ansehung fremder Personen, in sofern sie in dem Bezirke derselben Verbrechen begehen, oder contrahiren, begründet werden. Es hat daher die Regel, welche Pufendorf [97]) giebt, ihre vollkommene Richtigkeit, *ut quoties vel domicilium vel locus sive contractus, sive delicti commissi, vel et rei sitae forum fundet, vel quoties in ceteris iurisdictionis actibus in personam vel rem potestas sufficiat, iurisdictio iudicis intra sepes competens et fundata sit.* Allein auf die zu den Höfen zwar gehörigen, jedoch ausser den Zäunen liegende Güter und Ländereyen, kann sich diese Gerichtsbarkeit ihrer Natur nach nicht erstrecken [98]).

Ganz von den Zaungerichten verschieden sind die Pfahlgerichte (iurisdictio palaris) [99]). Man versteht darunter diejenige Gerichtsbarkeit, welche an einen Hof und die dazu gehörigen Gutsleute mit deren Kindern und Gesinde gebunden ist, sich auf Fremde aber nicht erstreckt, außer in sofern sie sich auf dem Hofe als Miethsleute befin-

95) Diss. cit. Cap. III. n. 5. sqq.

96) S. §. 189. N. V. S. 44.

97) a. a. O. §. 13. S. 603.

98) STRYK in der angeführten Dissertat. Cap. IV. n. 8. sqq.

99) Von dieser handelt Pufendorf de iurisdict. germ. P. III. Sect. I. Cap. 3. S. 685.

befinden. Wenn andere Fremde in ſolchen Höfen etwas ſtrafbares begehen, ſo kann zwar der Pfahlrichter ſolche Delinquenten in Arreſt nehmen laſſen, darf ſich jedoch, wenn auch gleich das Vergehen vor die Niedergerichte gehörte, keiner Cognition noch Beſtrafung anmaßen, ſondern muß von der geſchehenen Inhaftirung dem ordentlichen Richter Nachricht geben, und die Delinquenten auf deſſelben Verlangen ausliefern [100]). Es ſcheint daher dieſe Pfahlgerichtsbarkeit mehr eine iurisdictio perſonarum als loci zu ſeyn, wofür ſie auch Pufendorf hält [1]). Gewöhnlicher Weiſe gehören vor dieſe Gerichte nur Perſonalklagen [2]) und geringe Vergehungen der Gutsbehörigen oder der auf dem Gute ſich befindenden Miethsleute und Häuslinge, in ſofern letztere mit dem Strafpfahl, Gefängniß oder Geldbuße zu beſtrafen ſind [3]). Realklagen gegen ſolche Perſonen ſind daher bey dem ordentlichen Richter anzuſtellen, welcher desfalls die Beklagten ohne Requiſition des Pfahlrichters unmittelbar vorladen kann [4]). Daß von den Pfahlgerichten die Teſta-

100) Pufendorf a. a. O. §. 17. 18. 19. 20.

1) Pufendorf ſagt daher a. a. O. §. 2. IURISDICTIO PALARIS *nihil aliud eſt, quam domini in colonos eorumque domeſticos iurisdictio perſonalis.* Eben ſo Hr. von Selchow in Elem. iuris germ. privati hod. §. 682.

2) *Praeter ius pignorandorum colonorum et deſtituendorum,* ſagt Pufendorf a. a. O. §. 11. *iurisdictio palaris actiones continet perſonales ex vero vel quaſi ex contractu proficiſcentes, ſed et ſi ex delicto vel quaſi ex delicto extra curiam commiſſo adverſus colonos civiliter ageretur ad id, quod intereſt. Et de his cauſis cognoſcere palaris iudex et pronuntiare poteſt, exequi item iudicata in ipſis curiis.*

3) Pufendorf §. 7. 8. 9. u. 10.

4) Pufendorf a. a. O. §. 23. — *Iudex loci ordinarius in ceteris cauſis non perſonalibus, quae palari iurisdictioni non aſſig-*

Testamente der denselben unterworfenen Personen auf- und angenommen [5]), auch Vormünder für Unmündige bestellt werden können [6]), ist gewiß; allein die gerichtliche Bestätigung der Contracte kann nur in soferne vor diesen Gerichten geschehen, als dadurch kein dingliches Recht einem andern bestellet werden soll. Nam in realibus causis auctoritas et potestas iudicis palaris omnino excluditur [7]). Jedoch kommt hierbey auch vieles auf die besondere Verfassung eines jeden Landes an.

Den Zaun- und Pfahlgerichten pflegt man gemeiniglich die Land- oder Strassengerichte entgegen zu setzen, welche der Dorfherr, wenn er mit den ober- und niedern Gerichten beliehen ist, in bürgerlichen und peinlichen Sachen, sowohl in dem Dorfe selbst als auf der ganzen Feldmark ausübt [8]). Daß diese Strassengerichte sich auch auf Kirchen, Kirchhöfe und Gottesäcker erstrecken, und daher denselben über die an solchen Orten begangene Verbrechen die Cognition und Bestrafung gebühre, ist ausser Zweifel [9]). In diesem Betracht in-

vol-

assignantur, citare eosdem colonos, qui sub iudice palari existunt, non requisita huius venia immediate ad se potest, sed ita, ut genus causae, cur citentur, in ipsa citationis forma exprimatur.

5) Pufendorf §. 43. pag. 702.

6) Ebenderselbe §. 46.

7) Pufendorf a. a. O. §. 44.

8) STRYK Diss. de iurisdict. circumsepta Cap. I. n. 28. HEINECCIUS in Diss. de origine et indole iurisdict. patrimonialis §. 20. Hymmens Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. I. Samml. IV. Abschn. S. 217.

9) Eine weitere Ausführung hierüber findet man in STRYK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 20. Siehe auch *Io. Tob.* RICHTER Select. iuris Principior. Diss. 3. §. 9.

volviren also die Straßengerichte eine allgemeine Jurisdiction. Allein sie können auch als eine Art der besondern Gerichtsbarkeit angesehen werden, in soferne sie blos über die öffentlichen Land- und Heerstraßen ausgeübt werden. Diese Gerichte stehen der Regel nach den Landesherren zu [10]). Denn die Land- und Heerstrassen gehören nach den Grundsätzen des teutschen Staatsrechts zum landesherrlichen Eigenthume. Daher sie auch Königsstraßen genennt werden [11]). Wenn daher ein Landesherr Jemand die Gerichtsbarkeit in einem gewissen Districte, durch welchen die Landstraße zieht, verliehen hat, so kann die Verleihung derselben im Zweifel nicht auch auf letztere ausgedehnt werden, sondern die Straßengerichte bleiben dem Landesherrn vorbehalten [12]), wofern dieselben nicht durch besondere Privilegien

10) S. THYLIUS de iure viarum publicar. Cap. 4. in *Syntagm. iuris publ. Moser.* p. 823. PUFENDORF de iurisdict. german. P. II. Sect. IV. Cap. un. §. 29. sq. pag. 610. sq. Estor bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen I. Th. §. 2043. Hrn. Hofr. Runde Grundsätze des allgemeinen T. Privatrechts I. Buch I. Abschn. 2. Hauptst. §. 129. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 23. S. 72. am Ende.

11) In der Regalienverordnung Friedrichs I. welche II. F. 56. befindlich ist, werden die viae publicae ausdrücklich zu den Regalien gerechnet.

12) Hierin stimmen die meisten Rechtsgelehrten überein. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. XLVII. §. 43. FRITSCH de regali viarum publicar. iure Cap. III. §. 20. Cap. X. §. 11. sq. in Operib. T. I. P. I. n. 14. ZIEGLER de iurib. maiestat. Lib. II. cap. 17. §. 30. STRUV in Syntagm. iur. feud. Cap. VI. aph. XXIII. n. 2. PFEFFINGER ad Vitriarium T. III. Lib III. Tit. II. n. 54. not. c. p. 226. LEYSER in Meditat. ad Pandect.

gien und Landesverträge der Patrimonialgerichtsbarkeit sind überlassen worden [13]), oder Jemand besonders mit den Straßengerichten beliehen ist. Es ist das nicht nur dem unbestrittenen Herkommen, sondern auch der Natur der Sache um so mehr gemäß, da der Landesherr

dect. Vol. VII. Spec. DI. Coroll. 1. pag. 657. BIENER de natura et indole dominii in territor. Germ. pag. 107. sqq. STRASSER in Diss. de iuribus viarum publicar. (*Argent.* 1738.) §. 16. *Gottl. Theod.* MILLER Diss. de eo, quod iustum est circa vias publicas (*Giessae* 1776.) §. 25. Schnaubert Erläuterung des Lehnrechts Lib. I. Sect. I. Cap. III. §. 67. Anmerk. 3. S. 117. u. a. m. Es ist zwar Struben in den rechtl. Bedenken II. Th. Bed. 81. anderer Meinung; allein einzelne Beyspiele von solchen Ländern, in welchen durch Landesgesetze oder Landesverträge die Straßengerichte mit den ordentlichen Gerichten vereiniget worden sind, heben die entgegenstehende Regel nicht auf. Man vergleiche besonders *Car. God. de* WINCKLER Progr. corollarium iuris criminalis undevicesimum continens, *de iurisdictione criminali in via regia.* Lipsiae 1786.

13) So z. B. ist in Churſachsen vermöge einer allgemeinen Landesverordnung (in *Cod. Aug.* T. I. pag. 1043) den Amtleuten und ordentlichen Gerichtsobrigkeiten das Recht geringere auf den Landstrassen verübte Verbrechen untersuchen und bestrafen zu dürfen, überlassen worden; hingegen hat sich der Churfürst alle Gewaltsamkeiten, Raub und Zugriff, auch öffentliche fedentliche Thaten vorbehalten. S. *de* WINCKLER Progr. corollarium iuris crim. vicesimum continens, *de iurisdictione crim. in via regia quoad electoratum Saxoniae.* Lipsiae 1786. Eben so ist es in Pommern und dem Fürstenthume Rügen, wie Hr. von Engelbrecht in Observat. selectior. for. Specim. III. Obs. 84. bezeugt. Hingegen ist im Mecklenburgischen Erblandesvergleiche von 1755. Art. 21. §. 419 der Ritterschaft, wie auch allen Landbegüterten und Städten die Gerichtsbarkeit über die Landstrassen, so weit sie durch ihre Güter gehen, gelassen worden.

Herr ohnehin auch das Geleitsrecht ausübt, und für die gemeine Sicherheit und Beförderung der Reisenden sorgen muß, ja sogar im Falle eines erlittenen Straßenraubs, laut ausdrücklicher Reichsgesetze [14]) sowohl, als verschiedener reichskammergerichtlichen Erkenntnisse, deßhalb haftet [15]). Es hört jedoch die Landstraße mit dem Eintritt in ein Dorf oder eine Stadt auf, und nimmt erst jenseits desselben wieder ihren Anfang. So weit daher die Landstraße durch das Dorf geht, wird sie in Beziehung auf Gerichtsbarkeit als ein Theil des Dorfs betrachtet [16]). Daher zu erklären ist, warum die Dorfgerichte zuweilen Straßengerichte genennt werden.

Zuletzt gedenke ich noch der Eintheilung der Gerichte in geschlossene (*iurisdictio clausa*) und ungeschlossene (*iurisdictio non clausa*) [17]). Ein geschlossenes Gericht wird dasjenige genennt, dessen Gerichtsbarkeit zugleich die Ausübung gewisser Rechte in Landes-, Polizey-, Militair- und andern dergleichen Sachen, welche sonst zum Ressort der herrschaftlichen Beamten gehören, der-

14) Augspurg. Reichsabsch. von J. 1559. §. 34. Executions-Ordn. von J. 1673. Kap. 4. §. 3. Siehe auch den Sachsenspiegel II. Buch Art. 27.

15) GAIL in Observat. pract. Lib. II. Obs. 64. MILLER in Diss. alleg. §. 30.

16) *de* WINCKLER in Progr. cit. cui inest coroll. iur. crim. XXI. und Runde a. a. O.

17) S. David Georg Strubens Abhandlung von geschlossenen und ungeschlossenen Gerichten der Landsassen, in Desselben Nebenstunden V. Th. 34. Abhandlung, S. 123 — 183. und PUFENDORF de iurisdictione clausa, in Desselben libro *de iurisdict. germ.* P. II. Sect. III. Cap. 3. S. 503 — 518.

gestalt unter sich begreift, daß kein fürstlicher Beamte in dem Districkte desselben etwas in solchen Sachen vorzunehmen berechtiget ist. Ein ungeschlossenes Gericht hingegen ist dasjenige, in welchem der Gerichtsherr nur die Gerichtsbarkeit ausübt, die benachbarten fürstlichen Beamten hingegen alle eben bemerkten Fälle unmittelbar besorgen [18]) Die Benennung eines geschlossenen Gerichts ist keinesweges mit Herrn von Knigge [19]) von den adelichen Schlössern und Burgsitzen, welche gemeiniglich ein solches Gericht haben, herzuleiten, sondern bezieht sich vielmehr darauf, daß diese Gerichtsbarkeit von aller Concurrenz landesherrlicher Beamten befreyet ist, wie auch Herr von Selchow [20]) und Herr Hofr. Runde [21]) bereits bemerkt haben. Denn geschlossene Gerichte sind kein ausschließliches Vorrecht oder wesentliches Merkmahl der grössern Rittergüter, da in vielen Landen alle Patrimonialgerichte, ohne weitere Rücksicht auf die Grösse des Gutes, wozu sie gehören, geschlossen sind, und die Eintheilung in geschlossene und ungeschlossene Gerichte überhaupt erst

18) S. Erich Daniel von Liebhabers Einleitung in das Herzogl. Braunschweig-Lüneburgische Landrecht (Braunschweig 1791. 8.) I. Th. 2. Abhandl. 2 Kap. §. 2 S. 107. und Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß I. Th. §. 23. S. 72.

19) de nat. et indole castrorum in Germ. *Goett.* 1747.

20) in Elem. iuris germ. privati hodierni P. Spec. Lib. I. Cap. IV. Sect. II. Tit. VII. §. 278.

21) Grundsätze des allgemeinen T. Privatrechts II. Buch 2. Abschn. 3. Hauptst. §. 407.

erst in neuern Zeiten aufgekommen ist [22]). Diese geschlossenen Gerichte sind nun entweder geschlossene Ober- oder Untergerichte. Jene besorgen in ihrem Districte alle Hoheitssachen, als die Veranstaltung der Kriegesfuhren, Wegebesserungen, Patrouillirung der Heerstraße, Bestellung zur Landfolge u. dergl. Sie haben ferner die Aufsicht über die Policey, und repartiren die öffentlichen Abgaben, die sie den landesherrlichen Cassen unmittelbar zuschicken. Geschlossene Niedergerichte hingegen sind den Beamten in Niedergerichts-, nicht aber in Obergerichtsfällen geschlossen [23]). Zu den unstreitigen Vorzügen der geschlossenen Gerichte gehört übrigens, daß ihnen die landesherrlichen Verordnungen von der Regierung unmittelbar und nicht durch die Beamten zugesendet werden. Es verstatten auch die geschlossenen Gerichte nicht, daß die Aemter ihre Hintersassen zu Landfolgen, Kriegsfuhren und dergleichen auffordern, oder die Steuern von ihnen beytreiben, sondern alles dieses besorgen die erstern selbst, und liefern die Steuern unmittelbar in die Landescassen [24]). Ich darf jedoch nicht unbemerkt lassen, daß die Bedeutung dieser Benennungen, so wie die Verfassung der Länder, in welchen die Gerichte in geschlossene und ungeschlossene eingetheilt werden, nicht überall dieselbige

22) Struben a. a. O. §. 13. u. 14. S. 166. hat dieses ganz deutlich erwiesen, wo er auch zugleich untersucht, wie der Unterschied zwischen geschlossenen und ungeschlossenen Gerichten entstanden ist.

23) Hr. von Liebhabers Einleitung in das Braunschw. Lüneb. Landr. a. a. O.

24) Struben in der angef. Abhandlung §. 13. S. 167. folg.

ist [25]). So z. B. verstehet man zuweilen durch ungeschlossene Gerichte diejenigen, welche anderwärts Zaungerichte genennt werden [26]).

§. 202.

Begriff der competenten Jurisdiction. Ursprung, Begriff und Namen der prorogirten Gerichtsbarkeit. Beyläufige Bemerkungen über die *Lex Iulia iudiciorum*, deren Urheber, Inhalt und Zeitalter.

Eine jede Gerichtsbarkeit hat ihre bestimmten Gränzen, welche ihr der Oberherr entweder über alle Personen und Sachen in einem gewissen Distrikt, oder über eine gewisse Classe von Personen, oder über eine gewisse Gattung von Sachen, oder über gewisse Orte angewiesen hat. (§. 201.) Wird nun die Jurisdiction in den ihr vom Oberherrn bestimmten Gränzen, und zwar über die ihr unterworffenen Gerichtspflichtigen sowohl, als über die vor sie gehörigen Sachen ausgeübt, so wird sie die gehörige oder competente Gerichtsbarkeit genennt. Hierzu wird also erfordert, 1) daß der Richter befugt sey, in der Art von Sachen Recht zu sprechen, in welche der zu schlichtende Rechtshandel einschlägt; 2) daß die streitenden Theile, wenigstens der Beklagte, in der Sache, von welcher die Frage ist, seiner Gerichtsbarkeit unterworffen sey; und 3) daß ihm in der Instanz, von welcher die Rede ist, die Ausübung der

25) S. Struben in den rechtl. Bedenken I. Th. Bed. 55. und IV. Th Bed. 36.

26) Z. B. in Bayern, S. von Kreittmayr Anmerkungen über den Codicem iuris Bavar. iudiciarii S. 32.

der Gerichtsbarkeit zustehe [27]). Fehlt es an diesen Erfordernissen, so ist die Gerichtsbarkeit in einem gegebenen Falle der Regel nach nicht zuständig, in so ferne sie nicht durch Prorogation [28]) begründet werden kann. Die Jurisdiction über die ihr angewiesenen Gränzen auszudehnen, steht jedoch der Regel nach nicht in der Macht des Richters. Auch die Partheyen können nicht aus bloser Willkühr den ordentlichen Richter übergehen, und sich der Gerichtsbarkeit eines jeden incompetenten Richters unterwerffen. Denn die Gränzen der Gerichtsbarkeit und der davon abhangende Gerichtsstand gehören zur Verfassung eines Staats oder Landes, und diese kann durch Verträge der Unterthanen nicht aufgehoben oder abgeändert werden [29]). Weil indessen sich Fälle ereignen

27) *Lib III Tit.* 13. *Cod. de iurisdictione omnium iudicum et de foro competente.* S. *Ad* HUTH Diss. de foro competente. *Heidelbergae* 1731. und *I. R.* KUGLER Diss. de foro competente iuris communis. *Argentor.* 1771.

28) Von der Prorogation der Gerichtsbarkeit handeln vorzüglich *Frid. Gottl.* STRUV in Diss. de iurisdictione prorogata. Ienae 1708. *Diet. Herm.* KEMMERICH Exercit. de prorogatione iurisdictionis. *Vitemb.* 1727. *Io. Ulr.* CRAMER in Diss. de iurisdictione prorogata. *Marburgi* 1737. (in *Opuscul.* Tom. II. n. XXIX.) *Io. Aug.* BACH Exercit. iuris civ. de prorogatione iurisdictionis. *Lipsiae* 1756. (in Desselben von Klotz zu Halle 1767. 8. herausgegebenen *Opusculis ad histor. et iurisprud. spectantib.* n. XI. S. 406. folgg.) *Aug. Cornel* STOCKMANN in Disputat. de iurisdictione prorogata. *Lipsiae* 1777. und Hr. Hofr. Schnaubert Abh. in wie ferne die Prorogation der Gerichtsbarkeit in Teutschland zulässig sey oder nicht? in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrecht II. Th. (Giesen 1783.) N. 3. S. 149. ff.

29) L. 38. D. *de pact.* L. 27. D. *de R. I.* Cap. 12. X. *de foro comp.*

eignen können, da die Anerkennung eines sonst incompetenten Richters zur Erleichterung des Laufs der Rechtspflege dient, und wo es den Partheyen allzu lästig seyn würde, wenn sie schlechterdings genöthiget wären, dem ordentlichen Richter zu folgen, so haben die Gesetze selbst, zum Besten der Partheyen, die Erstreckung der Gerichtsbarkeit auf einen sonst incompetenten Richter unter gewissen Einschränkungen zugelassen. Die erstern Spuren davon finden wir in der Lex Iulia iudiciorum, deren Ulpian Erwähnung thut [30]). K. August, welcher der Urheber dieses Gesetzes ist [31]), nicht Julius Cäsar der Dictator, wie viele Rechtsgelehrten irrig geglaubt haben [32]), stellte hierdurch, wahrscheinlich ums Jahr

30) *L. 2. §. 1. D. de iudiciis.*

31) Dieß erhellet aus MACROBIUS *Saturnal.* lib. I. cap. 10. MODESTINUS *L. un. §. ult. D. ad L. Iul. de ambitu*, verglichen mit DIO CASSIUS *Lib. LIV.* p. 533. Ferner SUETONIUS in *vita Aug.* cap. 32. verglichen mit CALLISTRATUS in *L. 41. pr. D. de recept.* S. CUJACIUS in Observat. Lib XXI. cap. 32. SIGONIUS de Iudiciis Lib. II. c. 7. *Ant.* AUGUSTINUS de nominib. propr. Pandectar. cap. IV. §. 22—24. *Iac.* LECTIUS ad Modestinum de poenis L. ult. ad Leg. Iul. de ambitu pag. 140. *van* BYNKERSHOEK Obs. I. R. Lib. VI. c. 17. BACH Histor. Iurispr. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. II. §. 13. und besonders *Math.* TEMMINCK in Diss. ad Fragmenta quaedam Legis Iuliae de iudiciis. *Traject. ad Rhen.* 1757. in *Ger.* OELRICHS *Thes. nov. Dissertat. iurid. in Academ. Belgic. habitar.* Tom. II. Vol. II. N. 2. pag. 73.

32) Z. B. *Paul.* MANUTIUS de Legibus c. 15. *Vincent.* GRAVINA de LL. et SCtis §. 99. *Iac.* GRONOVIUS ad Gellii Noct. Attic. Lib. XIV. c. 2. u. a. m. Allein TEMMINCK in der angeführten Dissertat. Cap. I. pag. 71. hat diesen Irrthum gründlich widerlegt.

Jahr der Erb. Roms 730 [33]), die durch die bürgerlichen Kriege so sehr in Verwirrung gerathene Justitzverfassung wieder her [34]), und bestimmte in zwey verschiedenen Abschnitten die Form der bürgerlichen und peinlichen Gerichte [35]). Daher die Namen *Lex Iulia iudiciaria* [36]), *Lex Iulia iudiciorum publicorum* [37]), woraus Brisson [38]) und Noodt [39]) ohne genugsamen Grund verschiedene Gesetze machen wollen [40]). Was nun Au-

33) DIO CASSIUS cit. loc. und ASCONIUS PEDIANUS in arg. Orat. Cic. pro M. Scauro.

34) SUETONIUS in *vita Augusti c.* 32.

35) TEMMINCK a. a. Ort S. 75.

36) *L. un. §. ult. D. ad Leg. Iul. de amb.*

37) *L* 12. *§.* 2. *D. de accusat. et inscript. L.* 10. *princ. D. de grad. et adfin.*

38) Select. Antiquitat. iuris Lib. IV. cap. 7.

39) de Iurisdictione Lib. II. cap. 12.

40) Die in den Gesetzen vorkommende verschiedene Benennungen beweisen dieß wenigstens nicht. Denn es ist eine bekannte Wahrheit, daß die röm. Rechtsgelehrten einem Gesetze von dem verschiedenen Inhalt desselben oft verschiedene Namen beylegen. S. meine Introductio in studium historiae Legum positivarum Germanor. (*Halae* 1781. 8.) Cap. I. Sect. II. §. 19. Not. 3. pag. 31. Es darf uns auch nicht irre machen, wenn Macrobius a. a. O. Leges Augusti iudiciarias anführt. Denn es ist bey den Alten gar nichts ungewöhnliches, ein Gesetz, das aus mehrern Kapiteln besteht, Leges zu nennen. Die Leges Corneliae de sicariis beym SUETONIUS *in vit. Caes. cap.* 11. die Corneliae Maiestatis beym CICERO *in Pison. cap.* 21. AMM. MARCELLINUS Lib. XIX. cap 13. und LL. Iulia et Papia Poppaea, welche sehr oft in unsern Gesetzen unter dem Namen *Leges* angeführt werden, z. B. *L.* 3 *§.* 1. *D. de concub.* geben uns genug Beyspiele hiervon, denn alle diese Gesetze waren, jedes für sich, immer nur eins.

gust in diesem Gesetze von der Erstreckung der Gerichtsbarkeit verordnet hat, führt zwar Ulpian nicht vollständig an [41]), allein es läßt sich solches aus einer andern Stelle dieses römischen Rechtsgelehrten [42]) schliessen, wo er wenigstens den Sinn des Gesetzes durch folgende Worte ausdrückt: *Si se subiiciant aliqui iurisdictioni, et consentiant; inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio.* Hieraus ergiebt sich also, was IURISDICTIO PROROGATA sey. Man versteht nämlich darunter eine solche Gerichtsbarkeit, welche mit Zulassung der Gesetze über solche Personen ausgeübt wird, die sonst unter dieser Gerichtsbarkeit eigentlich nicht stehen, sondern sich entweder freywillig derselben unterworffen haben, oder in einem gewissen Falle einen Richter über sich anerkennen müssen, der ausserdem ihre ordentliche Obrigkeit nicht ist [43]). Das Wort *prorogare* kommt eigentlich in dieser Bedeutung nirgends in dem römischen Gesetzbuche

41) Er führt *L.* 2. §. 1. *D. de iudic.* nur die Worte: *quominus inter privatos conveniat*, daraus an.

42) *L.* 1. *D de iudiciis.*

43) Kemmerich in der angef. Schrift §. 2. sagt: PROROGATIO IURISDICTIONIS nihil aliud est, nisi *extensio iurisdictionis extra suos terminos, vi cuius iudex, qui intuitu partium litigantium, cumprimis rei, competens non erat, iam fit competens.* Hiermit stimmt auch Pufendorf de iurisdict. germ. P. I. Cap. IV. §. 78. überein, welcher sagt: *Quatenus iurisdictio cuiusdam iudicis ultra limites ei positos iure exercetur, iurisdictio* prorogata dicitur.

che vor. Ulpian 44), auf dessen Auctorität man sich insgemein beruft, braucht das Wort ausdrücklich nur von der Dauer der Zeit. Allein das canonische Recht 45) nimmt den Ausdruck *Prorogatio* öfters für eine Ausdehnung der Gerichtsbarkeit über ihre Gränzen, und diesen Sinn hat der Sprachgebrauch adoptirt 46).

§. 203.

Nothwendige und freywillige Prorogation. Ausdrückliche und stillschweigende. Ist der bloße Vertrag der Partheyen zur ausdrücklichen Prorogation hinreichend, oder wird hierzu noch die wirkliche Angehung des incompetenten Richters erfordert? Erläuterung der *L.* 18. *D. de iurisdict.* und *L.* 29. *Cod. de pact.*

Die Prorogation der Gerichtsbarkeit geschieht nun entweder durch einen Vertrag der Partheyen, oder durch das Gesetz selbst, auch gegen den Willen der Parthey, die den Richter über sich anerkennen soll, unter welchem sie eigentlich nicht steht. Die erstere wird die freywillige, die letztere aber die nothwendige genannt. Dieß ist wenigstens die gemeine Theorie, mit welcher aber freylich nicht alle Rechtsgelehrten übereinstimmen. Denn

44) *L.* 2. §. 2. *D. eodem.* Si et iudex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant, nisi specialiter principali iussione PROROGATIO fuerit inhibita, possunt TEMPORA, intra quae iussus est litem dirimere, PROROGARI.

45) *Cap.* 32. *et* 40. *X. de offic. et potest. iud. deleg.*

46) Zierlicher würde man mit NOODT de iurisdictione lib. II. c. 12. sagen: *propagare iurisdictionem.* Man sehe auch WISENBACH ad Pandect. Disput. VI. §. 36. und HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 9.

Denn Thomasius [47], Noodt [48], Bach [49] und Stockmann [50], verwerfen diese Eintheilung, und halten nur die freywillige Prorogation für ächt. Allein da das Wort Prorogatio überhaupt in den römischen Gesetzen von der Erstreckung der Gerichtsbarkeit nicht gebraucht wird, so kommt es nur darauf an, ob die Sache selbst, die man unter *prorogatio necessaria* versteht, im römischen Recht zu finden sey? Und hieran, deucht mir, läßt sich mit Grunde nicht zweifeln. Zwar ist der Beweis nicht überzeugend, den man insgemein aus einem gewissen Fragmente des Paulus [51] herzunehmen pflegt, wenn derselbe *lib. III. ad Plautium* sagt: Qui *non cogitur* in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, *cogitur excipere actiones, et ad eundem iudicem mitti.* Denn daß in dieser Stelle von keiner nothwendigen Prorogation die Rede sey, werde ich beym folgenden §. ausführlicher zeigen. Ich gebe auch gerne zu, daß die Lex Iulia iudiciorum nur von einer solchen Prorogation redet, die durch den Vertrag der Partheyen geschieht; dieß lehren die Worte dieses Gesetzes: *quominus inter privatos* CONVENIAT bey Ulpian [52] ganz deutlich. Allein es ist aller Wahrscheinlichkeit nach die nothwendige Prorogation zuerst durch eine extensive Erklärung von den römischen Rechtsgelehrten eingeführt, und durch den

47) in Not. ad Pandect. h. t.

48) de iurisdictione et imperio Lib. II. cap. 12.

49) in der angef. Dissertation §. 3. *Neque enim*, sagt Bach, *cum a lege alicui magistratui defertur in certis causis iurisdictio, quae alioqui eius non erat, prorogari dici potest.*

50) cit. Disputat. §. 2.

51) *L. 22. D. de iudiciis.*

52) *L. 2. §. 1. D. de iudiciis.*

den Gerichtsgebrauch bestätigt, so wie durch neuere Gesetze erweitert worden.

Die freywillige Prorogation gründet sich nun entweder auf einen ausdrücklichen Vertrag der Partheyen, oder auf die stillschweigende Einwilligung des Beklagten, welche aus solchen Handlungen desselben gefolgert wird, die eine Anerkennung des incompetenten Richters anzeigen. Im ersten Falle heißt sie eine ausdrückliche, im andern aber eine stillschweigende Prorogation. Was die erstere betrift, so entsteht die Frage, ob der blose Vertrag der Partheyen allein zur Prorogation genüge, oder ob nicht vielmehr hierzu noch die wirkliche Angehung des incompetenten Richters erfordert werde? Die Rechtsgelehrten sind deßhalb verschiedener Meinung. Corasius [53], Voodt [54], Schulting [55], Böhmer [56] und Kemmerich [57] behaupten das erstere. Diese erfordern zur ausdrücklichen Prorogation der Gerichtsbarkeit nichts, als den Vertrag der Partheyen. Sie glauben, die blose Entsagung des ordentlichen Gerichtsstandes sey hierzu hinreichend [58]. Das Civilrecht giebt zwar aus einem blosen Vertrage keine Klage. Allein hier sey ja auch nicht davon die Rede, daß dem Kläger dieses Vertrags wegen

53) Miscellaneor. iuris civ. lib. IV. cap. 5.

54) de iurisdictione Lib. II. c. 12.

55) Enarrat. partis prim. Digestor. hoc. tit. §. 14.

56) Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 21.

57) cit. Exercitat. §. 9.

58) *L. 1. D. Si quis in ius voc. non ierit. L. 7. D. qui satisdare cog.*

gen eine neue Klage zustehen soll, sondern daß die Klage, die der Kläger schon vorher nach dem Civil-, oder Prätorischen Rechte gegen den Beklagten hatte, bey einem sonst incompetenten Richter erhoben werde. Und da nach dem prätorischen Rechte der blose Vertrag wenigstens eine Exception oder Replic wirkt, so folge hieraus, daß, wenn etwa der Beklagte sich mit der Einrede des unstatthaften Gerichtsstandes (praescriptio fori) schützen wollte, der Kläger dieselbe sofort durch die Replic des eingegangenen Vertrags oder des Betrugs werde entkräften können. Ueberdem habe auch nicht nur Lex Iulia iudiciorum, sondern auch Justinian [59]) den Vertrag wegen Prorogirung der Gerichtsbarkeit bestätiget. Allein Vultejus [60]), Huber [61]), Janus a Costa [62]), Bach [63]) und Stockmann [64]) sind anderer Meinung. Diese behaupten, der blose Vertrag sey zur Prorogation nicht hinreichend; sondern werde erst wirksam, wenn der incompetente Richter von den streitenden Theilen wirklich angegangen worden ist. Solange dieß nicht geschehen, finde noch Sinnesänderung statt. Diese Meinung wird von den meisten Rechtsgelehrten vertheidiget, und sie verdient allerdings den Vorzug. Denn wie? wenn dem Kläger selbst der Vertrag gereuen sollte, und dieser also seine Klage bey dem ordentlichen Richter anbrächte, würde sich wohl der Beklagte mit der prae-

59) *L. penult. Cod. de pact.*

60) in Comment. ad Cod. tit. de iurisdict. pag. 84.

61) Praelect. ad Pand. h. t. §. 9.

62) Summar. Decretal. de foro competente pag. 360.

63) cit. Exercitat. §. 5.

64) Disputat. alleg. §. 3.

praescriptione fori schützen, und die Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters hierdurch ablehnen können? Gewiß nicht! Sodann bestätigt diese Meinung auch eine ganz deutliche Gesetzstelle. *L.* 18. *D. de iurisdict.* Si convenerit, sagt **Africanus**, ut alius Praetor, quam cuius iurisdictio esset, ius diceret; et priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit: procul dubio nemo compelletur, eiusmodi conventioni stare. Diese Stelle lehrt ausdrücklich, daß die aditio iudicis incompetentis zur Prorogation der Jurisdiction desselben schlechterdings nöthig sey. Noodt und Schulting wollen zwar die Worte *mutata voluntas* von einer Aufhebung des Vertrags verstehen, welche mit beyder Theile Einwilligung geschehen. Sie glauben für ihre Erklärung einen wichtigen Grund in den Worten *nemo compelletur* gefunden zu haben. Denn diese beziehen sich unstreitig auf beyde Theile. Allein einmal wird die Redensart mutare voluntatem in unsern Gesetzen nur von dem gebraucht, welchen etwas gereuet [65]) Zum andern, wenn man Noodts Erklärung annehmen wollte, wie in aller Welt hätte Zweifel darüber entstehen können, ob ein Vertrag mit beyder Theile Einwilligung aufgehoben werden könne, so lange ihn die Partheyen noch nicht durch wirkliche Antretung des unstatthaften Richters realisirt hatten? Es konnte auch nicht einmal, wie Kemmerich [66]) dafür hält, ein scheinbarer Zweifel daher entstehen, ob nicht etwa derjenige Richter, dessen Gerichtsbarkeit zu prorogiren die Partheyen sich ver-

65) Man sehe die Stellen nach bey BRISSONIUS de verborum significat. voc. *mutare*.

66) in der angef. Dissertat. §. X. not. g.

vereiniget hatten, die Aufhebung dieses ihres Vertrags für eine Verachtung seines Ansehens aufnehmen, und sie dennoch nöthigen können, ihre Convention zu halten. Denn nach der Verordnung der mehrgedachten Lex Iulia iudiciorum wird nicht einmal consensus Praetoris, nämlich desjenigen, dessen Jurisdiction prorogirt werden soll, erfordert, wie Ulpian [67]) sagt. Ohne die wirkliche Angehung des incompetenten Richters ist also keine Prorogation denkbar. Denn der Richter muß doch wissen, daß die Partheyen, die sonst unter ihm nicht stehen, sich in ihrer Sache seiner Jurisdiction unterworffen haben [68]), wie soll er das erfahren, wenn ihn die Partheyen nicht selbst angehen? wie soll er eine Gerichtsbarkeit über sie ausüben, wenn sie noch nicht vor ihm erschienen sind [69])? Es ist auch hierinn durch das neuere röm. Recht nichts geändert worden. Denn die L. 29. Cod. de pactis, welche Noodt [70]) von der Prorogation der Gerichtsbarkeit verstehen will, redet eigentlich nur von der Entsagung eines befreyeten Gerichtsstandes, so in einer schriftlichen Urkunde geschehen ist, und erklärt dieselbe gegen die ehemals hierüber erregten Zweifel der ältern römischen Rechtsgelehrten für gültig

67) *L. 2. §. 1. D. de iudic.*

68) *L. 1. D. eodem.*

69) Mit mir stimmt auch Anton Faber Rational. in Pandect. ad L. 18. h. t. überein, welcher bey den Worten *mutata voluntas* anmerkt: Ratio decidendi est, iurisdictionem tunc prorogari, cum incipit exerceri, non antea. Actum enim aliquem iurisdictionis esse necessarium, constat ex *L. 2. §. 1. D. de iudiciis*, ibi *et putat suam iurisdictionem.*

70) de Iurisdict. et imperio lib. II. cap. 14.

gültig [71]). Nun ist zwischen der Prorogation der Gerichtsbarkeit und der Renunciation des Gerichtsstandes ein grosser Unterschied [72]). Letztere erfordert nichts als den Vertrag, die erstere hingegen kann durch den blosen Vertrag nicht bewirkt werden, sondern erfordert ein solches Factum, wodurch die Partheyen sich der Gerichtsbarkeit des incompetenten Richters unterwerffen, wie Ulpian [73]) in den Worten: Si se subiiciant aliqui iurisdictioni, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui iurisdictionem habet, est iurisdictio, deutlich genug zu verstehen giebt. Ferner vermöge der Prorogation wird der eigene und ordentliche Richter in einer gewissen Sache gänzlich ausgeschlossen, und der Streithandel an einen andern incompetenten Richter gebracht; die Renunciation des Forums hingegen legt bloß demjenigen, der einen befreyeten Gerichtsstand hat, die Nothwendigkeit auf, sich in der gegenwärtigen Streitsache seines Privilegiums nicht zu bedienen, sondern die Gewalt des gemeinen Richters anzuerkennen. Die Renun-

71) Dieß zeigen die Worte: *Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit, non usurum fori praescriptione, propter cingulum militiae suae, vel dignitatis, vel etiam sacerdotii praerogativam; licet antea dubitabatur: si oporteret eandem scripturam tenere —. Sancimus, nemini licere, adversus pacta sua venire, et contrahentes decipere.* Man vergleiche hier vorzüglich *Io.* STRAUCHII Exercitat. ad quinquaginta Decisiones Iustiniani Imp. Dissertat. I. cap. 2 — 5.

72) *El. Aug.* STRYKII Disquis. for. de efficacia renunciationis fori hodierna ad L. pen. C. de Pact. Francof. ad Viadr. 1688. BACH cit. Dissert. §. 5. STOKMANN all. Disput., §. 3. pag. 20.

73) *L.* 1. *D. de iudiciis.*

nunciatio fori ſetzt alſo immer voraus, daß der Beklagte einen befreyeten Gerichtsſtand habe. Weil nun nach römiſchen Recht kein Privilegium fori von der Wirkung iſt, daß der Privilegirte hierdurch von aller Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters, unter welchem er eigentlich nach dem gemeinen Recht ſtünde, gänzlich und ſchlechterdings eximirt wird, ſondern nur ſo viel wirkt, daß er, wenn er will, den Kläger an ſeinen privilegirten Richter zurückweiſen, ſich aber auch, ſeines Privilegiums ungeachtet, noch immer vor dem gemeinen Richter auf die Klage einlaſſen kann, ſo war freylich die Entſagung des befreyeten Gerichtsſtandes in ſo ferne gültig, daß der in foro communi wider den Privilegirten angeſtellten Klage nun keine praeſcriptio fori mehr entgegengeſetzt werden konnte. In dieſer Hinſicht haben alſo die Entſcheidungsgründe Juſtinians in der angeführten Deciſion ihr vollkommenes Gewicht. Si enim, dieß ſind Juſtinians Worte, ex ipſo Praetoris edicto pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita ſunt, omnimodo obſervanda ſunt: quare et in hac cauſa pacta non valeant? Cum alia ſit regula iuris antiqui, omnes licentiam habere his, quae pro ſe introducta ſunt, renunciare. Allein mit der Prorogation verhält es ſich ganz anders. Dieſe betrift das Forum, was ein jeder nach dem gemeinen Rechte hat. Da nun ſolches zur Ordnung der Gerichte gehört, welche nicht zum Beſten einzelner Bürger, ſondern zum gemeinen Beſten des Staats feſtgeſetzt iſt, ſo kann es durch bloße Renunciation nicht aufgehoben werden. Hier konnte alſo nur die wirkliche Einlaſſung vor dem incompetenten Richter eine Prorogation bewirken.

ken. Der bloße Vertrag hingegen, priusquam adiretur, wie Africanus sagt, war unverbindlich. So hängt, wie mir deucht, alles vollkommen genau zusammen [74]), ohne mit Voet [75]) annehmen zu dürfen, daß African bloß dem Kläger, zu dessen Vortheil gemeiniglich der Prorogationsvertrag eingegangen zu werden pflegt, die freye Sinnesänderung gestatte, so lange derselbe seine Klage bey dem incompetenten Richter noch nicht angestellet hat; Justinian hingegen blos von dem Beklagten rede, und diesem die Freyheit benehme, durch Vorschützung der Einrede eines befreyeten Gerichtsstandes, das erworbene Recht des Klägers nichtig zu machen. Denn die Worte: nemo compelletur, eiusmodi conventioni

 stare,

74) Vielleicht steht hier eine Stelle aus *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad L. 18. h. t. nicht am unrechten Orte. Dieser sucht die L. 18. mit der L. pen. C. de pact. folgendermaßen zu vereinigen. *Qui competens magistratus est*, sagt er, *iurisdictionem habet, etiam in invitum*, L. 4. C. de iurisdict. L. 83. §. 1. D. de verb. obligat. *sed qui est incompetens, non potest habere, nisi in volentem*, L. 6. §. 10. D de iniusto rupt. et irrit. test. *volens autem intelligitur, non qui voluit, sed qui vult eo praecise tempore, quo exercetur primus actus iurisdictionis. Interim igitur locus est poenitentiae Non idem est, si quis promiserit, se non usurum praescriptione fori*, L. pen. C. de pact. *praescriptio enim illa non habet locum, nisi adversus ordinariam et competentem iurisdictionem: ideoque, si non opponatur, non ideo minus valet sententia: adeoque, si opponatur post litem contestatam.* d. L. 4. C. h. tit. L. ult. C. de except. Auch nicht ohne Nutzen wird man hier die gelehrte Anmerkung bey GEBAUER in Comment. acad. de iurisdictione Cap. I. §. XVI. Not. a. pag. 50. nachlesen.

75) in Commentar. ad Pandect. h. t, §. 27.

stare, in der Stelle Africans, gehen ohne allen Zweifel auf beyde Theile [76]).

Soviel hiernächst die stillschweigende Prorogation betrift, so ist dazu nicht hinreichend, wenn der Beklagte auf geschehene Vorladung vor dem Richter wirklich erscheint, der sonst keine Gerichtsbarkeit über ihn hat, und die exceptio fori nicht entgegensetzt. Es ist auch nicht genug, daß ihm die Klage ist ediret worden. Denn die Edition der Klage zeigt erst einen künftigen Proceß an, und dient vor der Hand nur dazu, daß der Beklagte bey sich überlegen kann, ob er den Kläger lieber in Güte befriedigen, oder sich mit ihm in einen Rechtsstreit einlassen soll. Daher sagt Modestin [77]) ausdrücklich: Non videtur in iudicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis. Es wird demnach zur stillschweigenden Prorogation nothwendig erfordert, daß der Beklagte vor dem incompetenten Richter litem contestire, ohne sich der Ausflucht des nicht gehörigen Gerichtsstandes zu bedienen. Denn so lange die litis contestatio nicht geschehen ist, findet noch praescriptio fori statt. Diese fällt aber weg, sobald lis contestirt worden ist [78]). Hierdurch unterschei-

det

76) Eben dies bemerkt auch FABER in Rational. a. a. O. wo er sagt: *Nemo*, id est, neuter.

77) *L.* 33. *D. de iudiciis.* Add. *L. un. C. de litis contestat.*

78) *L.* 30. *L.* 52. *pr. D. de iudic. L. un. Cod. de lit. contest. L. ult. C. de except.* Man pflegt zwar auch *L.* 4. *C. de iurisd.* hierher zu ziehen. Allein die Worte: *post litem contestatam* sind ein unächter Zusatz; man sehe *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. 6. Cod. Theodos. de Iurisdict. T. I. p. 95. ed. *Ritteri.* NOODT de iurisd. et imp. lib. II. c. 13. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 20.

det sich die stillschweigende Prorogation von der stillschweigenden Renunciation des privilegirten Gerichtsstandes. Denn zu dieser ist die Einlassung auf die Klage nicht schlechterdings nöthig, sondern es ist genug, wenn der Beklagte vor dem gemeinen Richter erschienen ist, ohne sich auf sein privilegium fori zu berufen [79]).

Uebrigens können nur diejenigen die Gerichtsbarkeit freywillig prorogiren, welche die Fähigkeit zu pacisciren, und streitige Rechtshändel vor Gericht zu betreiben, haben [80]). Daß jedoch im Namen der Unmündigen und Minderjährigen deren Vormünder und Pfleger die Jurisdiction prorogiren können, ist ausser Zweifel [81]). Ein Procurator hingegen kann, ohne einen besondern Auftrag von seinem Principal erhalten zu haben, einen solchen Vertrag nicht eingehen. Auf Seiten der Partheyen muß ferner kein offenbarer Irrthum zum Grunde liegen. Der Beklagte muß demnach gewußt haben, daß er sich vor einem incompetenten Richter einlasse. Hätte er den Richter aus Irrthum vor competent gehalten, so ist die Prorogation ohne Wirkung. Dies bestätigt Ulpian *lib. II. de omnibus Tribunalibus* [82]) in folgenden Worten: Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit, quod actum est: nec enim ferendum est, qui dicat consensisse eos in praesidem (besser lieset Cu-

79) BACH cit. Diss. §. V. pag. 420.

80) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9.

81) KEMMERICH alleg. Exercit. §. XIII. und STOCKMANN cit. Disputat. §. IV.

82) *L.* 15. *D. de iurisdict.* add. *L.* 2. *pr. D. de iudic.*

jaz [83]) *praesentem*): cum, ut IULIANUS scribit, non consentiant, qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit? Ein anders ist, wenn der Beklagte nach entdecktem Irrthume das vorher geschehene genehmigen, und bey diesem Richter bleiben will. Auf Seiten des incompetenten Richters hingegen schadet der Irrthum nichts. Dies ist wenigstens die Meinung Ulpians [84]), welcher Justinian durch die Aufnahme derselben in das Gesetzbuch der Pandecten die Kraft eines Gesetzes mitgetheilt hat. Sie ist auch der Lex Iulia nicht zuwider. Denn diese erfordert nur den Consens der Partheyen. Es ist also zur Prorogation wenigstens keine ausdrückliche Einwilligung desjenigen Magistrats nöthig, dessen Gerichtsbarkeit erstreckt wird, obwohl freylich der fremde Richter nicht wider seinen Willen gezwungen werden kann, daß er Partheyen Recht spreche, die nicht unter ihm stehen [85]). Eine andere Frage ist, ob die durch Prorogation begründete Gerichtsbarkeit auch ohne Einwilligung des angegangenen frem-

83) Observat. Lib. I. cap. 32. *In praesentem*, id est, in eum Praetorem, quem per errorem adierunt. Ihm stimmt auch *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. bey. Allein *Franc.* HOTOMANNUS Observat. Lib. IV. c. 9. und *Nic.* CATHARINUS Observat. libro ad h. L. lesen *praetorem*.

84) *L* 2 §. 1. *D. de iudiciis.* Si privati consentiant, Praetor autem ignoret consentire, et putat suam iurisdictionem: an Legi satisfactum sit, videndum est? et *puto posse defendi, eius esse iurisdictionem.* Die Art, wie sich Ulpian ausdrückt, zeigt indeß, daß die Sache unter den röm. Rechtsgelehrten nicht ganz außer Zweifel müsse gewesen seyn. S. NOODT de Iur. et Imp. Lib. II. c. 14.

85) LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandect. h. t. §. 29. BACH cit. Diss. §. 3. in *Opusc.* p. 411.

fremden Richters aus bloßer Willkühr der Partheyen, wieder aufgehoben werden könne? Kemmerich [86]) und Slevogt [87]) sprechen den Partheyen diese Freyheit ab, weil es eine Verachtung des richterlichen Ansehens sey, und auch von den Gesetzen dafür aufgenommen werde [88]); soferne nicht etwa die Partheyen ihren Rechtsstreit durch einen Vergleich beylegen wollten, denn dieses könnte ihnen der prorogirte Richter freylich nicht wehren [89]). Allein Voet [90]) ist ganz anderer Meinung. Er glaubt, daß durch die wechselseitige Einwilligung der streitenden Partheyen die prorogirte Gerichtsbarkeit auch gegen den Willen des angegangenen fremden Richters aufgehoben und geendiget werden könne. Die Regel: daß ein jeder Rechtshandel bey demjenigen Gerichte geendiget werden müsse, bey welchem er einmal angefangen worden ist, stehe dieser Befugniß nicht im Wege. Denn diese Regel habe keinen andern Sinn, als daß kein Theil wider den Willen des andern den einmal anhängig gemachten Rechtsstreit vor ein anderes Gericht ziehen dürfe. Allein kein Gesetz verbiete den Partheyen, mit ihrer beyderseitigen Einwilligung, den einmal fundirten Gerichtszwang zu verändern. Es stehe ihnen vielmehr frey, sogar den angegangenen ordentlichen Richter wieder zu verlassen, und ihren Rechtsstreit einem Schiedsrichter zur Entscheidung zu übertragen [91]). Mich dünckt, es sey

86) cit. Exercitat. §. XIV. in fin.

87) in Diss. de poenitentia. (*Ienae* 1694.) Cap. 2. §. 26.

88) *L.* 11. *D. de recept. qui arbitr. receper.*

89) *L.* 1. *D. de novi oper. nunc.*

90) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 26.

91) *L.* 9. §. 5. *L.* 10. *L.* 11. *pr. D. de arbitr.*

ein Unterschied zu machen, ob die Partheyen mit Entsagung des angefangenen Processes die beym prorogirten Richter begründete Gerichtsinstanz völlig verändern, und den Proceß bey einem andern Richter von neuen anfangen, oder ob sie denselben mit Abforderung der Acten bey einem andern Richter nur fortsetzen wollen. Im letztern Falle ist freylich wohl der Consens des prorogirten Richters erforderlich. Im ersten aber halte ich ihn darum nicht für nöthig, weil es ja den Partheyen frey steht, liti zu renunciiren [92]).

§. 204.

Nothwendige Prorogation durch Reconvention. Ursprung derselben. Erläuterung der *L.* 22. *D. de iudic.* und *L.* 11. §. 1. *D. de iurisdict.*

Was hiernächst die nothwendige Erstreckung der Gerichtsbarkeit betrift, so wird solche zuvörderst und hauptsächlich durch die Wiederklage (*Reconventio*) bewirkt. Man versteht darunter eine von dem nämlichen Beklagten wider den nämlichen Kläger vor eben dem Richter, bey welchem erster in Anspruch genommen worden ist, angebrachte Klage [93]). Diese Wiederklage ist dem-

92) Mit mir stimmen überein MEVIUS in Decisionib. Tom. I. Part. III. Decis. 139. u. 140. *Io. Andr.* FROMMANN Comment. de iure variandi. (*Tubingae* 1681.) Cap. III. Membr. VII. n. 326. pag. 104.

93) Hierher gehören vorzüglich folgende Schriften: *Theoph.* GISEBERT Tr. de reconventione. *Colon. Agryp.* 1735. *Roman.* TELLER Diss. de reconventione veteri et hodierna. *Lipsiae* 1759. *Io. Aug.* CLEEMANN Disp. de mutuis petitionibus. *Lipsiae* 1770. und *Carl. Guil.* ROBERT Disquisit de non usu practico distinctionis inter mutuam petitionem atque reconventionem in Camera imperiali. *Wetzlariae* 1782. 4.

demnach eine von der gegen den Beklagten angestellten Vor- oder Hauptklage (Conventio) ganz verschiedene Klage, und hierdurch unterscheidet sie sich von einer so genannten actio duplex, wo eine jede Parthey gleiches Recht hat, und derjenige, welcher der Kläger ist, nothwendig auch Beklagter seyn muß. Dies ist der Fall bey den Theilungsklagen [94]). Jeder kann zwar auf die Theilung dringen, der mit seinem Mitgenossen die Gemeinschaft nicht länger fortsetzen will. Allein derjenige, der als Kläger auftritt, muß sich's wegen des dem Beklagten an der gemeinschaftlichen Sache zustehenden gleichen Rechts, desgleichen wegen der bey Theilungen vorkommenden Gegenforderungen auch gefallen lassen, selbst Beklagter zu seyn. Denn sonst müßte die Klage getheilt werden, welche doch, da sie nur eine ist, ihrer Natur nach nicht getheilt werden kann [95]). Die Reconvention ist ferner von der Einrede der Compensation zu unterschei-

94) IULIANUS *L.* 10. *D. fin. regundor.* Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum, tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant, agentis, et eius, quo cum agitur. CAJUS *L.* 11. §. 2. *D. h. t.* Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum: utrum singulae partes spectandae sunt circa iurisdictionem eius, qui cognoscit? quod OFILIO et PROCULO placet: quia unusquisque de parte sua litigat: an potius tota res in iudicium venit et vel uni adiudicari potest? quod et CASSIO et PEGASO placet, sane eorum sententia probabilis est. Conf. *Sim. Pet.* GASSER Diss. de iudicio duplici eiusque genuino conceptu. *Halae* 1736.

95) Ueber die Bestimmung und Berichtigung des ächten Begriffs der Reconvention ist vorzüglich *Ant.* FABER in Coniectur. iuris civ. (*Aureliae Allobrog.* 1609. f.) Lib. XX. cap. 5. nachzusehen.

den. Den diese hat nur die Entbindung von der Klage zur Absicht, jene aber wird, wie eine jede andere Klage, zu dem Ende gebraucht, daß der Kläger, als Wiederbeklagter, dem Beklagten und Wiederkläger etwas zu leisten verurtheilt werde. Man setze also den Fall, der Verkäufer eines Grundstücks klage actione venditi auf die Bezahlung des Kaufgeldes, der Beklagte aber belange dagegen den Kläger mit der actione emti auf das Interesse, weil das ihm verkaufte Grundstück mit Servituten beschwert ist, welches ihm doch der Kläger als ein ganz freyes, und, wie die Alten sagten, uti optimus maximusque esset, verkauft habe, so ist dieses eine wahre Reconvention. Hieraus folgt, daß im Falle einer angestellten Reconvention der Richter nach Befinden der Umstände den Beklagten absolviren, den Kläger hingegen verurtheilen könne. Dies bestätiget die merkwürdige Verordnung des K. Justinians [96]), die hier wörtlich angeführt zu werden verdient. Cum PAPINIANUS summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuerit, *non solum iudicem de absolutione rei iudicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare*: huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, *ut liceat iudici, vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronunciare*: nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscatur. *Cuius enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur.* Die Gesetze legen nun der Wiederklage die Wirkung bey, daß der Richter, bey welchem die Vorklage angestellet worden, auch

96) L. 14. Cod. *de sentent. et interlocut. iudic.*

auch in Ansehung der Gegenklage zuständig wird, wenn gleich sonsten der Kläger unter ihm nicht steht. Denn sie halten es für billig, daß eine Parthey demjenigen Richter, den sie als Kläger gewählt hat, auch als Beklagter sich unterwerffe. Den Ursprung dieses Rechts leitet man zwar gewöhnlich aus einer Verordnung des K. Zeno [97]) her; allein es ist aus dieser Constitution nicht zu ersehen, daß Zeno ein neues Recht habe einführen wollen. Ueberdem bezieht sich ja auch Justinian schon auf eine Meinung des Papinians, welche er in der vorher angeführten Verordnung bestätigte. Man findet auch wirklich schon in den Pandecten ältere Spuren dieses Rechts, welche uns auf die Gedanken bringen, daß der Ursprung desselben vielmehr der Auslegung der römischen Rechtsgelehrten zuzuschreiben sey, welche hierbey nicht sowohl den Faveur des Beklagten als vielmehr das gemeine Beste zur Absicht hatten, weil Reconventionen zur Verminderung der Processe, und zur Beförderung des Laufs der Rechtspflege dienen [98]). Die Stelle des Paulus [99]) die ich beym vorigen §. Seite 172. angeführt habe, kann zwar nicht zum Beweise dienen. Denn in dieser ist von keiner Reconvention die Rede, die vor einem in Ansehung des Klägers incompetenten Richter geschiehet, sondern sie ist vielmehr von dem privilegio revocandi domum zu verstehen [100]). Bey den Römern

97) *L.* 5. *Cod. de fruct. et lit. expens.* S. *Ian. a* COSTA in Commentar. ad Tit. Decretal. de mutuis petitionib.

98) *Ant.* FABER in Coniectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 6. pag. 763.

99) *L.* 22. *D. de iudiciis.*

100) *Ge. Ad.* STRUV Diss. de iure et privilegio revocandi domum. *Ienae* 1691. CLEEMANN cit. Dissertat. §. 4.

mern war nämlich die Stadt Rom bekanntermaßen der allgemeine Gerichtsstand aller Unterthanen des römischen Reichs, wenn sie nur daselbst anwesend waren, sie mochten übrigens in einer Provinz oder Municipium wohnen, wo sie wollten. Hier war also ein jeder sich einzulassen schuldig, und niemand durfte sich mit der Ausflucht des unstatthaften Gerichtsstandes schützen. Nur einigen war das Privilegium ertheilt worden, daß, wenn sie etwa, während ihres Auffenthalts in Rom, daselbst belangt werden wollten, sie verlangen konnten, daß die Sache gegen Cautionsleistung an den Richter ihres Wohnorts verwiesen werde. Dies hieß *privilegium revocandi domum*. Wer dieses vorschützte, behauptete nicht, daß die Obrigkeit, vor welche er war geladen worden, incompetent sey, sondern daß die Gerichtsbarkeit derselben, die sie sonst ausüben könnte, in gegenwärtigem Falle ruhen müsse. Daher war die Einrede des unstatthaften Richters ganz davon verschieden [1]). Dieses privilegium revocandi domum fiel jedoch alsdenn weg, wenn man an dem Orte, wo man belangt wurde, zuvor selbst gegen einen andern geklagt hatte. In diesem Falle konnte man nicht nur von seinem Gegner, sondern auch von einem jeden andern daselbst wieder in Anspruch genommen werden. Hier geschahe also keine Erstreckung der Gerichtsbarkeit durch Reconvention, da mehrgedachtes Pri-

1) CUJACIUS in Recitat. solemn. ad §. 3. L. 2. D. de iudic. hat diesen Unterschied am besten auseinander gesetzt. Er sagt: REVOCANT FORUM, *qui utuntur praescriptione fori, ratione militiae, dignitatis, aut sacerdotii, aut qui vocatus ad iudicem incompetentem invocat competentem.* — DOMUM *autem* REVOCAT *is, qui vocatur ad forum non omnino incompetens, et tamen postulat litem transferri in locum sui domicilii.*

Privilegium jederzeit ein forum competens voraussetzte. Allein Cajus [2]) giebt uns einen bessern Beweiß. Dieser sagt *lib. I. ad Edictum provinciale*: Sed et si mutuae sunt actiones, et alter minorem quantitatem, alter maiorem petat: apud eundem iudicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit; ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim. Es wird hier eine solche Obrigkeit vorausgesetzt, welche die Jurisdiction nur bis auf eine gewisse Summe über ihre Bürger hat. Von dieser Art waren bey den Römern die Municipalobrigkeiten [3]). Processe, deren Gegenstand die bestimmte Summe überstieg, gehörten nicht für sie, sondern vor den Präses der Provinz. Nun setze man den Fall, Cornelius, ein Bürger eines Municipium's, habe den Lentulus, der eben daselbst Bürger ist, vor dem Stadtmagistrat belangt. Cornelius klagt auf eine Summe, wegen welcher die Entscheidung des Streits noch innerhalb den Gränzen der Jurisdiction des Municipalrichters liegt. Allein der Gegenstand der Wiederklage übersteigt die Summe um ein merkliches, bis auf welche die Jurisdiction des Richters gehet. Es fragte sich also, ob der Wiederbeklagte sich der Einrede des unstatthaften Gerichtsstandes bedienen könne? Die Frage war um des gemeinen Bestens Willen zu verneinen. Denn hier war von wechselseitigen Klagen die Rede, die aus dem nämlichen Geschäft herrührten, (*mutuae actiones*) [4]). Hätte nun die Gegenklage

2) *L.* 11. §. 1. *D. de iurisdict.*

3) PAULUS in *Sentent. Recept.* Lib. V. Tit. V. A. §. 1.

4) Daß dieses bey gegenseitigen Klagen, zur Begründung einer Reconvention, vorausgesetzt werden mußte, erhellet aus dem Ent-

klage an den Präses der Provinz verwiesen werden können, so hätte auch die Vorklage, welche auf eine geringere Summe gieng, da, wo sie war angebracht worden, nicht Statt gehabt. Denn es ist eine Regel des römischen Rechts, maior quaestio minorem causam ad se trahit, welche auch Paulus *lib. I. sententiarum* [5]) anführt. Auf solche Art aber wäre der Kläger der Chicane seines Gegners immer ausgesetzt gewesen, wenn es diesem nicht gefallen hätte, sich vor der Municipalobrigkeit einzulassen, sondern ihm eingefallen wäre, den Proceß, zu nicht geringem Nachtheil des Klägers, an den Präses der Provinz zu spielen. Es war also, um Chicane zu verhüten, nöthig, in dem gegebenen Falle eine Prorogation der Gerichtsbarkeit des Municipalrichters zuzulassen, *ne in potestate calumniosa adversarii mei sit*, wie Cajus sagt, *an apud eundem iudicem*, das ist, apud eum, quem semel accessi, iudicem, *agere possim*. Anton Faber [6]) will zwar diese letzten Worte ebenfalls von dem Beklagten verstehen, welcher, wohl wissend, daß er weniger zu fordern hat, dennoch die Wiederklage aus Chicane auf eine grössere Summe richtet, damit er sich nur nicht bey dem Richter, vor welchem er zuerst belangt worden ist, einlassen dürfe; er will daher statt *calumniosa* lieber calumnioſi lesen, auch die Worte *agere possim* in agere possit verändern. Allein hierzu ist kein genugsamer Grund vorhanden. Denn die letztern Worte gehen offenbar auf den Kläger, welcher zuerst geklagt hatte, wie

Entscheidungsgründe der oben angeführten *L.* 14. *Cod. de sentent. et interlocut. iudicum.*

5) *L.* 54. *D. de iudiciis.*

6) Rational. in Pandect. ad h. L.

wie in dem vorhergehenden gezeigt worden ist. Da indessen der Richter, dessen Jurisdiction in dem vorgetragenen Falle des Gesetzes prorogirt wurde, doch nur eigentlich in Ansehung der Reconventions-Summe, nicht aber in Rücksicht der Person des Klägers, als Wiederbeklagten, incompetent war, so erweiterten die Kaiser Zeno und Justinian das Recht der Reconvention dahin, daß vermöge derselben der Richter, der sonst in Ansehung des Klägers gar keine Jurisdiction hat, ihn nunmehr, als Wiederbeklagten, vor sein Tribunal zu ziehen berechtigt seyn solle. Nach dem ältern römischen Recht hatte jedoch die Wiederklage nur immer in einem solchen Falle statt, da sie mit der Vorklage connex war, d. i. ex eodem negotio, wie Justinian sich ausdrückt, herrührte. Sie konnte daher, so lange die Vorklage noch nicht gänzlich abgethan und entschieden war, allezeit noch vorgebracht werden [7]). Sogar noch bey dem Iudex Pedaneus wurde die Reconvention für zulässig gehalten, und dieser konnte auch hierüber erkennen, wenn gleich die Formel seiner Instruction nichts ausdrückliches davon enthielt [8]). Allein Justinian [9]) änderte verschiedenes in Ansehung dieses ältern römischen Rechts. Vermöge der neuesten Verordnung dieses Kaisers kommt es einmal nicht darauf an, ob die Reconvention mit der Vorklage connex ist, sie kann auch ex alio quocunque negotio herrühren [10]). Zweitens soll der Beklagte, wenn

7) Merkwürdig ist hier das Responsum des Papinians in *L.* 18. *D. de compensat.* worüber VOET in Comment. ad Pandect. Lib. V. Tit. I. §. 80. nachgesehen zu werden verdient.

8) *Ant.* FABER Coniectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 5. pag. 760. sq.

9) *Nov. XCVI. cap.* 2.

10) Eben dieses bestätigt auch der heutige gemeine Gerichtsgebrauch ausserhalb Sachsen. S. Ludovici Einleitung zum Civil-

wenn er eine Gegenklage wider den Kläger anstellen will, solche bey keinem andern Richter, als bey demjenigen, vor welchem die Vorklage anhängig ist, anbringen, und zwar soll dieses gleich zu Anfange geschehen, damit die Gegenklage zugleich mit der Vorklage bey dem nämlichen Richter verhandelt werde [11]). Steht dieses dem Beklagten nicht an, so soll er mit seiner Wiederklage warten, bis die Vorklage geendigt ist. Dann kann er sie auch bey der ordentlichen Obrigkeit des Klägers anstellen [12]). Hieraus ergiebt sich nun eine neue Wirkung der Wiederklage, welche darin besteht, daß sie zugleich mit der Vorklage, insoferne sie nämlich gleich Anfangs mit der Einlassung auf dieselbe angebracht wird, verhandelt werden kann. Unsere Practici pflegen dieß den effectus simultanei processus zu nennen. Nach dem gemeinen Gerichtsgebrauche bleibt indessen der Reconvention doch immer die Wirkung der Erstreckung des Ge-

Civilproceß Kap. 40. §. 2. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Proceß B. 2. Hptst. 5. §. 2. Allein bey dem Reichs-Kammergericht wird die Wiederklage nur alsdann zugelassen, wenn die Conventions- und Reconventionssache eine Beziehung auf einander haben. S. TAFINGER Institutiones iurisprud. cameral. §. 498. 836.

11) *Nov. cit. §.* 1. *Cap.* 2. Sancimus, si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra se conventionem exposuit, non apud alium iudicem, sed apud eum mox a principio convenire, et eundem esse iudicem in utroque negotio.

12) Itaque, so heißt es weiter in der angef. Novelle, si initio litis tacuerit, deinde postea voluerit causam movere apud alium iudicem: necessitatem habeat sustinere terminum eius litis illatae sibi ab eo, qui eum in iudicium traxit, et dum finem lis acceperit, tunc suam causam apud alium iudicem proponat.

Gerichtsstandes, wenn sie auch nicht gleich zu Anfang des Processes, jedoch noch vor dem Beschlusse der Conventionssache, erhoben wird [13]). Womit auch das canonische Recht übereinstimmt [14]). Man theilt daher die Reconvention in die im eigentlichen Sinne (*reconventio propria*) und die im uneigentlichen Sinne (*reconventio impropria*) ein. Wenn nämlich die Gegenklage mit und neben der Vorklage in einerley Schriften und Urtheilen verhandelt wird; so ist dieses eine Wiederklage im eigentlichen Verstande. Wird aber die Gegenklage erst nach geendigter Vorklage vor dem nämlichen Richter verhandelt; so ist dieses eine Wiederklage im uneigentlichen Verstande [15]). Noch ist jedoch zu bemerken, daß die Wiederklage nur gegen denjenigen Kläger statt findet, der in der Convention in seinem eigenen Namen geklaget hat [16]). Wer demnach blos als Vormund für seinen Pupillen, oder als Anwalt für seinen Principal Klage erhebt, kann wegen seiner eigenen Schuld von dem Beklagten nicht wieder

der

13) Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsproc. II. Th. §. 196. S. 82. Hofmann T. Reichspraxis I. Th. §. 1101. Danz Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Processes §. 469. S. 624.

14) *Cap.* 3. *in fin. de rescriptis in VIto.* *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. Lib. II. Tit. IV. §. 3. *G. L.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 699.

15) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iúr. can. §. 697. *Paul. Iof. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 640. Danz Grundsätze des bürgerl. Processes §. 469.

16) CARPZOV P. I. Const. 7. def. 6. BRUNNEMANN in Proc. civ. cap. X. n. 14.

der belangt werden [17]). Es muß auch, wenn eine Wiederklage statt finden soll, die Vorklage in der ersten Instanz noch anhängig seyn [18]). Sie darf daher nicht erst in der Appellations-Instanz angebracht werden [19]), weil theils dem Kläger das Recht der ersten Instanz nicht abgeschnitten werden kann, theils aber auch in der Appellations-Instanz nur darüber zu erkennen ist, ob in der vorigen Instanz wohl oder übel gesprochen, und ob daher das Erkenntniß zu bestätigen oder abzuändern sey [20]).

§. 205. a.

Wenn hat die Wiederklage den effectum simultanei processus? Findet sie auch in peinlichen Fällen statt?

Soll die Reconvention zugleich mit und neben der Hauptsache betrieben werden, so wird hierzu folgendes erfordert. I) Sie muß entweder vor der Einlassung auf die Hauptklage angebracht, oder doch derselben unmittelbar angehänget werden [21]). II) Die Entscheidung der-

selben

17) VOET in Commentar. ad Pand. Tit. de iudiciis §. 81. sqq.

18) Danz a. a. O. §. 468. S. 622.

19) MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 89. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 696. RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. II. §. 644.

20) VOET cit. loc. §. 80. Ein anders ist, wenn die Wiederklage zur Appellationssache gehörig seyn sollte. S. Hofmann T. Reichspraxis I. Th. §. 945. u. §. 1109.

21) *Clem.* 2. *de Verbor. Signific. Nov. XCVI. c.* 2. BRUNNEMANN de processu civ. Cap. X. n. 11. BOEHMER doctr. de actionib. Sect. I. cap. 4. §. 13. CARRACH in Annotat. ad BOEHMERUM pag. 51. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. LXXXX. n. 17.

selben muß nicht von der Entscheidung der Hauptklage abhangen [22]). III) Beyde Sachen müssen so geeigenschaftet seyn, daß sie die nämliche Proceßart zulassen [23]). Ist daher die Hauptsache privilegirt, oder von der Art, daß sie keinen Verzug leidet, sondern eilfertig und ganz summarisch betrieben werden muß, z. B. eine Spoliensache, oder eine Sache des jüngsten Besitzes, oder eine Alimentensache, oder betrifft sie die Zurückforderung eines verwahrlich anvertrauten Gutes; so findet keine Reconvention statt [24]). Es sey denn, daß die Reconventionssache eine eben so privilegirte und summarische Sache wäre [25]). IV) Die Wiederklage muß nicht so weit aussehend seyn, daß die Verhandlung derselben neben der Hauptsache Verwirrung machen würde, sonst kann und muß sie vom Richter zur besondern Ausführung verwiesen werden [26]). Uebrigens haben beyde Theile bey der Verhandlung der Con- und Reconventionssache gleiche Rechte [27]). Wenn daher der Kläger seine Klage fallen läßt, so kann die

22) *L.* 10. *C. de iniur. L.* 31. *C. de lib. cauſa.* Knorre Anleitung zum gerichtl. Proceß B. 2. Hptst. 5. §. 4.

23) *Cap.* 2. *et* 4. *X. de ordin. cognit.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 698.

24) *Can.* 1. *Cauſ. III. qu.* 11. *Cap.* 2. *X. de iudic. Cap.* 2. *X. depoſit.*

25) VOET in Comment. ad Pand. Tit. de iudiciis §. 86. Z. B. die Gegenklage betrift ebenfalls eine Entsetzung. S. Hofmann T. Reichspraxis I. Th. §. 1109. RIEGGER Institut. iurispr. eccleſ. P. II. §. 650.

26) VOET cit. loc. §. 88. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß II. Th. §. 145. S. 154. Estor Anfangsgr. des gem. u. R. Proc. II. Th. Tit. 292. §. 190.

27) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 698. pag. 503.

Wiederklage dennoch fortgesetzt werden. Es kann auch der Wiederbeklagte dem Wiederkläger, eben so wie der Beklagte dem Kläger, sowohl verzögerliche als zerstörliche Einreden entgegen stellen [28]).

Ob auch in peinlichen und Straffachen die Wiederklage statt finde, ist streitig. Einige Rechtsgelehrten verneinen dieses schlechthin [29]). Andere wollen dieselbe nur insoferne zulassen, als der Angeklagte, wegen der ihm zugefügten Schmach, Schäden und Kosten, gegen den Ankläger blos auf eine Privatgenugthuung klagt. Sie schränken also die dem Angeklagten in dem bemerkten Falle zuständige Reconvention nur lediglich auf die Civilklage ein [30]). Allein andere behaupten mit mehrerem Grunde, daß es vielmehr der eigenen Willkühr des Angeklagten zu überlassen sey, ob er nur lediglich auf die Ersetzung seiner Schäden und Kosten, und also auf die Erhaltung seiner Privatgenugthuung klagen, oder in seiner Reconvention zugleich auf eine öffentliche und peinliche Bestrafung des Anklägers antragen wolle [31]). Wenn nun gleich dieses an sich um so mehr seine Richtigkeit hat, je bekannter es ist, daß das peinliche Gericht nach Vorschrift der Gesetze nicht allein wegen

28) Hofmann T. R. Praxis I. Th. §. 1108.

29) *a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 650. CLEEMANN Diss. de mutuis petitionibus §. XI. u. a. m.

30) BLUMBLACHER in Comment. ad Art. 12. C. C. C. n. 8. Hofmann a. a. O. §. 1109. S. 748.

31) *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Observat. select. ad CARPZOVIUM Quaest. 106. Obs. 3. Ebenderselbe in Meditat. ad Const. Crim. Carol. Art. 12. §. 5. und besonders Joh. Christ. Quistorp Abhandl. von der Reconvention in peinlichen und Straffachen, in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien N. XV.

wegen der eigentlichen Hauptsache oder der angeschuldigten Missethat selbst, sondern auch wegen aller damit in Verbindung stehender Nebensachen zu erkennen befugt ist, es auch überdieß bey dem peinlichen Gerichtszwange, vor welchem der Hauptproceß geführt worden, viel leichter ist, um über die Grösse der Calumnie des Anklägers und der daher dem Angeklagten zuständigen Genugthuung sowohl, als des erstern peinliche Bestrafung urtheilen zu können, als bey dem ordentlichen Gerichtsstande des Anklägers; so kann dennoch in peinlichen Fällen unter keinen Umständen die Reconvention simultaneo processu und zugleich mit der peinlichen Anklage selbst erörtert werden. Daß unter den bemerkten Umständen die Widerklage auch gegen einen Denuncianten statt finde, der bewiesener- oder eingestandenermaßen einen unschuldigen Menschen boshafter Weise in einen schweren Inquisitions-Proceß verwickelt hat, ist keinem gegründeten Zweifel unterworffen [32]). Soll jedoch derjenige Richter, von welchem die Untersuchung wegen des angeschuldigten Verbrechens verhänget worden, auch wegen der Reconvention des Inculpaten erkennen, so muß dieselbe wenigstens vor dem Endurtheil in Anregung gebracht und gehörig gerechtfertiget werden. Ueberhaupt aber ist in Criminal- und Straffachen schlechterdings keine andere Art der Reconvention platzgreiflich, als die entweder aus der angestellten Rüge erwächst, oder auch sonst mit derselben in Verbindung steht.

32) MEVIUS P. I. Decis. 41. Eisenhart Rechtshändel VII. Th. N. 7.

§. 205. b.

Noch einige andere Fälle der nothwendigen Prorogation der Gerichtsbarkeit auſſer der Reconvention.

Auſſer der Wiederklage enthalten unſere Geſetze noch andere Fälle einer nothwendigen Prorogation der Gerichtsbarkeit [33]). Ein ſolcher Fall kommt erſtlich bey der Litisdenunciation vor, vermöge welcher derjenige, welcher mit Jemand in einen Rechtsſtreit verwickelt worden iſt, ſeinen Auctor, der ihm zu der Gewährleiſtung verbunden iſt, zum rechtlichen Beyſtand oder Vertretung auffordert. Dieſe zieht den Denunciaten, der ſeine Schuldigkeit zur Vertretung anerkennt, ſchlechterdings vor dasjenige Gericht, wo der Hauptproceß anhängig iſt, wenn er auch ſonſt unter demſelben nicht ſteht, und keine perſönliche Befreyung in Anſehung des Gerichtsſtandes ſchützt den Aufgeforderten gegen dieſe nothwendige Erſtreckung der Gerichtsbarkeit [34]). Der Grund hiervon liegt in dem Zuſammenhange der Sachen [35]). Iſt demnach der Denunciat ſeiner Schuldigkeit gemäß vor dem Gerichte erſchienen, vor welches er war zur Vertretung aufgefordert worden, und hat derſelbe

33) Vergl. KEMMERICH Diſſ. de prorogatione iurisdictionis §. V. ſqq. und PUFENDORF de iurisdict. germ. P. I. Cap. IV. §. 82 — 94.

34) *L.* 49. *D. de iudiciis:* Venditor ab emtore denunciatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicit ſe privilegium habere ſui iudicis. Quaeritur, an poſſit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem et emtorem coepta eſt, ad ſuum iudicem revocare? PAULUS reſpondit, venditorem emtoris iudicem ſequi ſolere.

35) S. *Ge. Lud.* KRUCKENBERG Diſſ. de litis denunciatione (*Goettingae* 1784.) P. II. Cap. I. §. 1.

selbe die Vertheidigung des Denuncianten wirklich übernommen, so kann nachher die Evictionsklage gegen den Denunciaten bey eben dem Richter, welcher den Hauptproceß entschieden hat, angestellet werden, weil dieser Richter, bey welchem die Hauptsache verhandelt worden, über die daraus entstandene Evictionssache besser urtheilen kann, als ein anderer [36]). Ein anderes wäre freylich, wenn der Denunciat sich auf die rechtliche Vertretung gar nicht eingelassen hätte; denn in diesem Falle würde er ohne Zweifel bey seiner competenten Obrigkeit wegen der schuldigen Gewährsleistung belangt werden müssen, indem alsdann derjenige Zusammenhang der Sachen wegfällt, welcher in dem erstern Falle die Prorogation der Gerichtsbarkeit in Ansehung des Richters der Hauptsache bewirkte [37]).

Zweytens kann auch durch Arrest die Gerichtsbarkeit prorogirt werden [38]). Denn ein jeder Richter ist

36) Nach röm. Rechte dürfte dieses zwar nicht ganz ausser Zweifel seyn. Wenigstens läßt sich aus der angeführten *L.* 49. *D. de iudiciis* kein Beweis für diesen Satz hernehmen. Daher ist auch Kemmerich in der angeführten Dissertation §. 5. Not. c. ganz anderer Meinung. Allein nach den heutigen Rechten, zufolge deren der Zusammenhang der Sachen einen Gerichtsstand begründet, ist dieses allerdings zu behaupten. Man sehe auch *Io. Henr. de* BERGER Oeconom. Iuris Lib. IV. Tit. XX. §. 1. Not. 4. *Auguſt. a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CCXLI. med. 7. und besonders KRUCKENBERG cit. Dissertat. P. II. Cap. V. §. 4.

37) MEVIUS Decision. Tom. II. P. IX. Decis. 156.

38) MEVIUS de Arrestis Cap. XV. n. 44. Derselbe in Decisionib. P. III. decis. 56. Estor Anfangsgr. des gemeinen und Reichsprocesses I. Th. §. 1919. a. S. 687. Hymmen's Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preußischen Staaten. VI. Samml. S. 100.

der Regel nach befugt, die Person eines unter seinem Gerichtszwange sich befindenden Schuldners, oder desselben Sachen, welche daselbst angetroffen werden, aus rechtmäsigen Ursachen mit Arrest zu bestricken. Daher begründet die Anlegung eines rechtmäsigen Arrestes in Rücksicht auf die Forderung, in Ansehung welcher derselbe angeleget worden, die Gerichtsbarkeit desjenigen Richters, der ihn erkennt, dergestalt, daß derjenige, wider welchen derselbe verhängt worden ist, er sey gegenwärtig, oder abwesend, bey diesem Richter schlechterdings Recht zu geben schuldig ist, wenn gleich der Arrestat unter dieser Obrigkeit sonst nicht steht [39]).

§. 206.

Heutiger Gebrauch der Lehre von der Prorogation der Gerichtsbarkeit.

Es entsteht nun die Frage: ob und in wiefern die Prorogation der Gerichtsbarkeit in Teutschland zuläßig sey, oder nicht [40])? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind deshalb sehr verschieden. Einige lassen die Prorogation in den Fällen, darinn dieselbe nach dem römischen Rechte statt findet, auch

39) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. und bürgerl. Processes I. Abschn. §. 32.

40) Ausser dem Hrn. Hofr. Schnaubert in den oben angeführten Beyträgen zum T. Staats- und Kirchenrechte 2. Th. N. III. haben diese Frage berührt GEBAUER in Commentat. de iurisdictione Cap. II. §. 7. pag. 73. KEMMERICH in D. de prorogat. iurisdict. §. XIX. STOCKMANN D. de iurisdict. prorogata §. XI. sqq. und Hr. Prof. EMMINGHAUS in Notis ad COCCEJI ius civ. controversum Tom. I. h. t. Quaest. XVI. not. y. pag. 173.

auch noch heutiges Tages ohne Einschränkung zu [41]). Andere geben dieses zwar in Ansehung der nothwendigen oder gesetzlichen Prorogation zu, sprechen hingegen der freywilligen Prorogation in Teutschland allen Gebrauch ab, weil die heutige Gerichtsverfassung von der römischen sehr verschieden sey, indem die Prorogation nicht allein zum Abbruch und Verachtung der landesherrlichen Gerechtsame in der Person der vermöge derselben bestellten Richter, sondern auch diesen in Ansehung der Sporteln zu keinem geringen Nachtheile gereiche [42]). Noch andere machen zwischen der Patrimonial- und der Amtsgerichtsbarkeit einen Unterschied, und behaupten, daß nur in Ansehung der letztern, keinesweges aber in Ansehung der erstern eine Prorogation statt finde [43]). Hellfeld unterscheidet, ob beyde Richter, nämlich der ordentliche, und derjenige, auf welchen die Jurisdiction prorogirt wird, dem nämlichen Landesherrn unterworffen sind,

41) STRYCK in Usu Mod. Pandectar. h. t. §. 22. sqq. BERLICH P. I. Conclusion. V. n. 31. BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit III. Th. I. Not. 17. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXIX. med. 5. BEYER ad Pandect. h. t. n. 42—45. Struben Nebenstunden V. Th. S. 30. u. 31. u. a. m.

42) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 1. Pandectar. de Iudic. n. 7. STRUV in Syntagm. I. C. Exerc. IV. Th. 59. THOMASIUS in Notis ad Pandect. h. t. p. 42. sqq. GEBAUER cit. Commentat. Cap. II. §. 7. *Io. Heinr. Christ. de* SELCHOW Elem. iuris german. privati hod. §. 669.

43) *Tob.* PAURMEISTER *a* KOCHSTET Tract. de Iurisdict. Imperii Rom. (*Hannoverae* 1608.) Lib. I. Cap. 25. n. 43. *Arn.* VINNIUS in Tract. de iurisdictione Cap. X. §. 3. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. VI. §. 23. EISENHART Institut. iuris germ. priv. Lib. IV. Tit. I. §. 14.

oder nicht. Im letztern Falle sey zwar nach der heutigen Verfassung wegen des den Reichsständen zustehenden iuris de non evocando die Prorogation für zulässig nicht zu halten; im ersten Falle hingegen stehe der heutigen Anwendung des römischen Rechts gar nichts im Wege [44]). Pufendorf [45]) will die Prorogation sogar auf einen Richter ausserhalb Landes zulassen, wenn nur derselbe mit dem competenten Richter im Lande einen gemeinschaftlichen Oberrichter hat. Dies sey der Fall in Teutschland, wo von den landesherrlichen Gerichten an die höchsten Reichsgerichte appelliret werden kann, soferne nicht etwa ein privilegium de non appellando eine Ausnahme macht. Endlich giebt es noch Rechtsgelehrten, welche zum Grundsatz annehmen, daß die Prorogationen der Gerichtsbarkeit heutiges Tages nur in so weit zugelassen werden können, als sie dem iuri de non evocando nicht zuwider, auch dem Rechte des Gerichtsherrn, oder des ordentlichen Richters unnachtheilig sind [46]). Und dies ist auch unstreitig die richtigste Meinung. Es wird nicht

44) Eben so HERT de superioritate territoriali §. 27. in *Opuscul.* Vol. I. T. II. p. 258. GRIEBNER de praeiudicio Principum imperii ex abusu iuris Iustinianei Cap. III. §. 7. in *Opuscul.* Tom. I. Sect. V. pag. 179. CRAMER in Diss. de iurisdict. prorogat. §. 62. sqq.

45) in libr. de iurisdictione german. P. I. Cap. IV. §. 101. *Mihi ita videtur*, sagt er, *ut si competens iudex in territorio et alius incompetens extra territorium communi iudici superiori subiecti sint, hactenus ad cognoscendam causam et sententiam pronunciandam prorogari iurisdictio non competentis iudicis extra territorium possit.*

46) KEMMERICH Diss. de prorogat. iurisdictionis §. 20. STOCKMANN in der angef. Dissertation §. XI. pag. 39. Schnaubert in der angef. Schrift, und EMMINGHAUS a. a. O.

nicht undienlich seyn, etwas weniges aus der Geschichte der teutschen Gerichtsprorogationen vorauszuschicken. Vor der Einführung des römischen Rechts in Teutschland waren die Prorogationen der Gerichtsbarkeit nicht gebräuchlich [47]). Man hatte den Grundsatz, daß man einen jeden vor seinem ordentlichen Richter, und nirgends anderwärts belangen dürfe [48]). Die Capitularien der Carolingischen Kaiser verboten nicht nur den Geistlichen bey Strafe des Kirchenbannes, sich vor einem weltlichen Richter einzulassen, sondern man erlaubte nicht einmal den Layen, sich einer fremden Gerichtsobrigkeit zu unterwerffen [49]). Allein mit der Aufnahme des römischen Rechts in Teutschland kamen auch die Prorogationen auf. Nun konnte nicht nur durch Reconvention ein sonst incompetenter Gerichtsstand begründet werden. Denn es ward allgemeiner Grundsatz: Wo der Mann Recht fordert, da soll er wieder Recht nehmen [50]). Sondern auch die freywilligen Prorogationen wurden sehr häufig. Die Stände waren daher bemühet, sich und ihre Unterthanen gegen die daraus entstandenen Evocationen

47) Stockmann in der angef. Dissertation §. IX.

48) HEINECCIUS in Element. iuris german. Tom. II. Lib. III. Tit. II. §. 75. Kopps Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. und civil Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen I. Th. IV. Stück §. 318. S. 414.

49) BALUZII Capitular. Reg. Francor. Tom. I. Lib. VII. c. 309. et 469. pag. 1130. c. 155. pag. 1058. c. 210. p. 1069. et Lib. VI. c. 157. p. 949. c. 332. p. 1097. c. 220. p. 1072.

50) Sachsenspiegel I. Buch Art. 61. B. III. Art. 79. Weichbild Art. 28. Schwabenspiegel Kap. 87. 127. HEINECCIUS cit. loc. §. 87. pag. 444.

tionen durch kaiserliche Privilegien sicher zu stellen [51]). Die Unterthanen selbst schlossen unter einander Bündnisse gegen diese allzusehr einreissende Unordnung, und die Landesherren kamen ihnen sowohl gegen die Evocationes in provincia, als extra provinciam, mit besondern Freyheitsbriefen zu Hülfe [52]). Die Ursachen jener häufigen Prorogationen waren mancherley. Die durch die bürgerlichen Kriege und Befähdungen in Verwirrung gerathene Justitzverfassung in Teutschland, und das grosse Ansehen, in welches sich einige Städte, z. B. Lübeck und Magdeburg durch die Billigkeit ihrer Rechte gesetzt hatten, trugen nicht wenig dazu bey [53]). Hierzu kam, daß damals ohne solche besondere Befreyungen sonst jede vom Kaiser angeordneten Gerichte mit den reichsständischen Gerichten eine concurrirende Gerichtsbarkeit behaupteten, auch sonst die Gränzen eines jeden Gerichtsstandes noch nicht so gesichert waren, daß nicht ein Reichsstand, soferne er nicht besondere Privilegien dagegen ausgewirkt, zum öftern hätte geschehen lassen müssen, daß seine Unterthanen an andere fremde Gerichte gezogen werden konnten [54]). Merkwürdig sind die der freyen Reichsstadt Frankfurt von den Kaisern desfalls ertheilte Privilegien, vermöge deren Frankfurter Bürger überall

51)) Beyspiele führt Kemmerich in Dissertat. de iure de non evocando §. XII. an. Siehe auch PFEFFINGER ad Vitriarium Tom. III. pag. 1160. sqq.

52) Kopp a. a. O. §. 320. ff. S. 415. u. folgg.

53) CONRING de origine Iur. Germanici Cap. XXVIII. pag. 170. KEMMERICH Diss. de prorogatione iurisdictionis §. XVIII. not. e.

54) Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen III. Bandes 3. Th. Resp. CCCV. n. 9.

überall vor keinem andern Gerichte, als dem Schultheis-sen zu Frankfurt, nur den einzigen Fall des versagten Rechts ausgenommen, belanget werden sollen [55]). So wie jedoch in der Folge die Landeshoheit der Reichsstände immer fester gegründet wurde, so sind nun auch insonderheit die Gränzen der reichsständischen Gerichtsbarkeit richtiger bestimmt, und genauer beobachtet worden. Nun ist allen und jeden Reichsständen durch allgemeine Reichsgesetze und Herkommen ihre privative Gerichtsbarkeit dergestalt gesichert worden, daß heutiges Tages ein jeder Reichsstand ein solches ius de non evocando überhaupt und vermöge seiner Landeshoheit behaupten kann, welches ehedem durch eigene Privilegien ausgewirkt werden mußte [56]). Nach dieser heutigen Verfassung unsers teutschen Staats, vermöge welcher jedem Reichsstande die privative Gerichtsbarkeit über seine Unterthanen in seinem Lande dergestalt zusteht, daß ordentlicher Weise

eine,

55) Man sehe die gedruckten Privilegien der R. Stadt Frankfurt S. 9. 32. 35. 38. 172. u. 298. Hierher gehört vorzüglich das angeführte Pütterische Responsum, die Anwendung des *privilegii de non evocando* gegen ein auswärtiges *forum gestae administrationis* betreffend, a. a. O. S. 770.

56) S. Landfriede vom Jahr 1466. §. 13. u. 14. in der neuern Sammlung der Reichsabschiede I. Th. S. 202. die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1495. §. 16. und besonders die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1555. II. Th. Tit. I. zu Anfang: wo es heißt: Erstlich ordnen und setzen Wir, daß alle des heiligen Reichs Verwandte und Unterthanen bey ihren ordentlichen inländischen Rechten und Gerichten (ausserhalb den Fällen, die nach Laut dieser Ordnung an das Kammergericht ohne Mittel gehören) gelassen werden sollen.

eine, dieselben betreffende Sache, an kein anderes Gericht, mit Vorbeygehung der Landesgerichte, gebracht werden darf, kann demnach eine so willkührliche Prorogation, als das römische Recht erlaubt, um so weniger mehr gestattet werden, da die teutschen Reichsgesetze nicht nur überhaupt die Evocation landesherrlicher Unterthanen vor fremde Gerichte ausdrücklich verbieten [57]), sondern auch nicht einmal von dem kaiserlichen Reichskammergericht, in erster Instanz auf Jemands Klage oder Ansuchen eine Ladung gegen diejenigen, die der kaiserlichen Majestät und dem Reiche nicht unmittelbar unterworffen sind, und auch sonst ihren ordentlichen Richter haben, zulassen wollen, vielmehr dieselbe mit allem, was darauf gefolgt ist, für nichtig, und unverbindlich erklären [58]). Hieraus folgt nun aber auch von selbst, daß nicht alle Prorogation heutiges Tages gänzlich verworffen werden kann, inso ferne nämlich dieselbe unserer Staatsverfassung nicht zuwider läuft. Dieses vorausgesetzt, so läßt sich nun die Lehre des heutigen Rechts von der Prorogation der Gerichtsbarkeit auf folgende Grundsätze reduciren.

I) Wenn reichsunmittelbare Partheyen, welche das Recht der Austräge haben, mit Uebergehung derselben, sich sogleich vor den höchsten Reichsgerichten einlassen wollen, so ist zwar dagegen nichts einzuwenden; allein wenn Jemand, der seinen

57) Jüngster Reichsabschied §. 164. in den Worten: auch insgemein die Evocationen vor fremde Gerichte ꝛc.

58) Kammergerichtsordnung vom Jahr 1555. II. Th. Tit. I. im letzten §. u. Tit. V. §. 2. Concept der Kammergerichtsordnung II. Th. Tit. V. §. 1. Conf. SENCKENBERG Disquisit. de exceptione iuris germanici, qua evocationes illicitae dicuntur. *Francof.* ad Moen. 1733.

seinen Gerichtsstand vor einem höchsten Reichsgerichte hat, sich vor einem Untergerichte einlassen will, so wird diese Prorogation, da sie zum Präjudiz des kaiserlichen Ansehens, und Gerichtsbarkeit gereicht, für unerlaubt gehalten [59]).

II) Wenn in Ansehung mittelbarer oder landesherrlicher Unterthanen die Prorogation auf einen Richter in einem fremden Lande geschiehet, so findet dieselbe zwar in so ferne statt, als sich der Beklagte oder Wiederbeklagte unter dem Gerichtszwange des fremden Richters betreten läßt, oder wenigstens ein obiectum exsecutionis daselbst angegeben werden kann, weil hierdurch dem iuri de non evocando nicht zuwider gehandelt wird [60]); und in dieser Rücksicht kann die in den Schuldverschreibungen zuweilen enthaltene Clausel: Ich gebe meinem Gläubiger hiermit freye Macht und Gewalt, mich aller Orten, wo er mich zuerst antreffen möchte, zu belangen, immaßen ich mich dieser Post halber eines jeden Jurisdiction wolle unterwürffig gemacht haben, nicht für überflüßig gehalten werden [61]). Ausser jenen Fällen aber ist die Prorogation auf einen Richter in einem fremden Territorium ohne Einwilligung des Landesherrn für zulässig nicht zu halten, wenn gleich von einer nothwendigen oder gesetzlichen

59) *Christph.* KALT Disquis. an et quatenus subditi Rom. Imp. immediati foro ordinario sui magistratus ac iudicis renunciare, et se immediate Camerae Imperialis vel alterius iudicis iurisdictioni pacto submittere possint? in des Freyh. von Senkenbergs *Meditat. Fascic. I.* p. 166. sqq. und Joh. Jac. Moser von der T. Justizverfassung I. Th. XI. Kap. §. 5. u. 6.

60) Kemmerich in der oft angeführten Dissertation §. 20.

61) STOCKMANN in Dissert. cit. §. XI. in fin. und CRAMER in Diss. de iurisdict. prorogata §. 63.

chen Prorogation, die durch eine Reconvention geschiehet, die Rede seyn sollte. Denn daß der Kläger denjenigen Richter gegen sich anerkennen müsse, den er für sich anerkannt hat, ist eine römische Verordnung. Diese konnte im römischen Reiche, wo die Majestät sich ungetheilt in einem Oberhaupte conzentrirte, und alle Richter ihre Gerichtsbarkeit aus einer Quelle herleiteten, wo kein Richter ein eigenes von allen andern Gerichten unabhängiges ius de non evocando hatte, wohl angehen; kann aber wegen der ganz anders beschaffenen Staatsverfassung in Teutschland nicht angewendet werden, falls die Prorogation ausser einem Lande gehen soll [62]). Da dem Landesherrn das ius de non evocando, wie oben angeführt worden, auch in Beziehung auf die Reichsgerichte zusteht; so hat die prorogatio necessaria auf dieselben um so weniger statt, je bekannter es ist, daß die Reconvention überhaupt nicht anders, als in der ersten Instanz angebracht werden kann [63])

III) Gerichtspflichtige, welche unter einem solchen Richter stehen, der eine Patrimonialgerichtsbarkeit hat, können die Jurisdiction nicht auf einen andern Richter prorogiren; es sey denn, daß ihr Gerichtsherr mehrere Gerichtshalter hätte; in welchem Falle ihnen allerdings erlaubt wäre, dieselbe auf einen andern Gerichtshalter des nämlichen Gerichtsherrn zu erstrecken. Der Grund hiervon ist: Wer iurisdictionem patrimonialem hat, hat das Recht in allen, seine Hintersassen betreffenden, Sachen Recht zu sprechen, und da dieses eine ihm erworbene Gerechtsame, ein ihm eigenthümlich zuständiges Recht

62) Schnaubert in den Beyträgen 2. Th. S. 150. folgg.

63) MEVIUS Part. VII. Decis. 98.

Recht ist, so kann ihm auch dasselbe von solchen Gerichtspflichtigen und Hintersassen nicht eingeschränkt und beeinträchtiget, folglich auch von diesen die Jurisdiction in keinem Falle auf einen andern Richter willkührlich prorogirt werden [64]). Die Gerichtsherrschaft ist daher in solchem Falle allerdings befugt, die prorogirenden Partheyen von dem Richter, dem sie sich ohne derselben Einwilligung unterworffen haben, abzufordern, und selbige durch Strafbefehle zur Ordnung anzuhalten [65]). Leyser [66]) meint zwar, der Unterschied zwischen den römischen Magistratspersonen und den teutschen Erbgerichtsherren sey eben so groß nicht, daß dadurch die Anwendung des römischen Rechts in Ansehung der freywilligen Prorogation unzuläßig werde, indem die Erbgerichtsbarkeit eine Gerichtsbarkeit, und von der römischen nur darinn unterschieden sey, daß sie erblich ist, und in eigenem Namen ausgeübt werde. Allein diese Meinung verdient keinen Beyfall, und ist vom Hrn. Hofr. Schnaubert [67]) gründlich widerlegt worden. Eben das, daß die Erbgerichtsbarkeit in eigenem Namen, als eine dem Erbgerichtsherrn eigenthümlich zuständige und erworbene Gerechtsame ausgeübt wird, macht einen solchen Unterschied

64) Schnaubert a. a. O. S. 155.

65) WERNHER in Observat. forens. T. I. P. I. Obs. 329. in Supplem. pag. 340.

66) in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXIX. med. 5. Ihm ist zwar *I. E. I.* MÜLLER in Observat. pract. ad Leyserum Tom. I. Fasc. II. Obs. 127. beygetreten, allein ohne hinreichenden Grund.

67) in den angeführten Beyträgen 2. Th. N. 3. §. 3. S. 155. u. folgg.

schied zwischen der römischen Amtsjurisdiction und der teutschen Erbgerichtsbarkeit, daß die im römischen Rechte zulässige Prorogation, in soferne sie zu Beeinträchtigung des Gerichtsherrn geschiehet, nicht statt finden kann. Denn die Obliegenheit, sich dem gutsherrlichen Gerichtszwange zu unterwerffen, ist hier nichts weniger, als ein bloses Recht der Partheyen, dem dieselben nach ihrer Willkühr entsagen dürften. Kein Wunder, wenn daher die entgegengesetzte Meinung von jeher mehr Vertheidiger unter den Rechtsgelehrten gefunden hat [68]).

IV) Wenn der ordentliche Richter nur eine persönliche oder Amtsgerichtsbarkeit hat, und eine Parthey, die unter ihm stehet, sich freywillig der Gerichtsbarkeit eines andern Richters in dem nämlichen Lande unterwerffen will, so scheint die Zulässigkeit einer solchen Prorogation auffer Zweifel zu seyn. Denn hier ist gerade der Fall, in welchem das römische Recht die Prorogation erlaubt. Allein da unsere teutschen Landesherren ihren Justizbeamten zuweilen die Gerichtssporteln statt des Salariums anweisen, so kommt in solchem Falle das Interesse des ordentlichen Richters in nicht geringe Betrachtung. Da nun keine Entsagung gilt, welche dem Rechte eines Dritten

68) BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. III. Th. I. Not. 17. nennt diese Meinung, welche gegen die Prorogation der Patrimonialgerichtsbarkeit streitet, die gemeine Meinung. Als Vertheidiger derselben sind noch zu bemerken: LAUTERBACH in Colleg. Th. pr. Pandectar. h. t. §. 35. VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 15. ibique allegati DDres, BACH in Opusc. iurid. pag. 428. sqq. STOCKMANN in Diss. de iurisdictione prorogata §. XIII. und EMMINGHAUS in Notis ad COCCEJI ius civile controv. h. t. Qu. XVI. not. y. Tom. I. pag. 173.

ten nachtheilig ist [69]), so dürfte wohl der ordentliche Richter unter diesen Umständen, der Prorogation zu widersprechen, eine gegründete Ursache haben [70]).

§. 207.

In welchen Fällen ist die Prorogation erlaubt? Können diejenigen, welche einen privilegirten Gerichtsstand haben, die Gerichtsbarkeit auf einen andern Richter erstrecken? Was hat die Prorogation für Wirkung?

Ob nun in einzelnen Fällen die Prorogation erlaubt sey? muß

I) aus der Qualität des Richters, auf welchen die Jurisdiction erstreckt werden soll, beurtheilt werden. Dieser muß sowohl überhaupt eine Jurisdiction [71]), als auch insonderheit diejenige Art von Gerichtsbarkeit haben, vor welche die zu entscheidende Rechtssache, in der die Jurisdiction prorogirt werden soll, gehört [72]).

69) *Renunciatio invalida est, quae vergit in praeiudicium tertii.* Suo enim tantum iuri, non etiam alieno, derogare quis potest, *L. penult. Cod. de pactis.* NETTELBLADT Systema elem. iurisprud. positivae Germanor. comm. general. §. 457.

70) EMMINGHAUS a. a. O. Tom. I. pag. 173. in fin.

71) *L. 1. D de iudiciis.* Der bloße Vertrag der Partheyen kann Niemanden eine Jurisdiction geben, der solche nicht schon vom Staat erhalten hat. Die Partheyen können zwar eine Privatperson zum Schiedsrichter in ihrer Sache annehmen, allein dieser erhält dadurch eben so wenig eine Gerichtsbarkeit, als desselben Ausspruch die Rechtskraft. *L. 3. C. de iurisdictione omn. iudic.* sagt: Privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio: nec, quod is statuit, rei iudicatae continet auctoritatem.

72) BACH in Opusc. pag 421. STOCKMANN in Diss. saep. alleg. §. 6. KEMMERICH Exerc. cit. §. XV.

Dieß gilt nicht nur von der freywilligen, sondern auch von der nothwendigen oder gesetzlichen Prorogation [73]). Hieraus folgt, daß wenn gewisse Sachen durch eine besondere Befreyung an einen bestimmten Richter ausschließlich und dergestalt gewiesen sind, daß kein anderer Richter in dergleichen Sachen zu erkennen befugt ist, wohin z. B. geistliche Sachen, Lehensachen u. dergl. gehören; die Gerichtsbarkeit eines jeden andern Richters auf dergleichen Sachen nicht erstreckt werden kann. Es findet hier nicht einmal ein Zusammenhang der Sachen statt [74]); wenn gleich unser Verfasser das Gegentheil behaupten will. Nur in dem Falle, wenn über den bloßen Besitzstand gestritten wird, kann zwar auch der gemeine Richter in einer sonst privilegirten Sache erkennen [75]); allein da solche richterliche Verfügungen in possessorio nur lediglich die Verhütung besorglicher Thätligkeiten zwischen den Partheyen zur Absicht haben, die streitige Sache selbst aber dadurch nie entschieden wird, so gehört diese Aus-

73) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. II. Cap. IV. §. 2. HEDDERICH Elem. iuris canon. P. II. §. 149. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 695. — *Unde de causa ecclesiastica in foro seculari vel de causa feudali in foro allodiali non datur reconventio.*

74) Danz Grundsätze des bürgerl. Processes §. 33. S. 83. Hofmann T. Reichspraxis II. Th. §. 1303. S. 111. HELLFELD Diss. de genuino fundamento iurisdict. feudalis eiusq. limitibus §. 40.

75) *I. H.* BOEHMER in Iure parochiali Sect. III. cap. I. §. 57. (nicht §. 42. wie unser Verf. *not. e.* allegirt) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VI. §. 241. in fine. Man vergleiche jedoch, was hiervon oben S. 120. vorgekommen ist.

Ausnahme eigentlich nicht hierher [76]). Dahingegen ist es eben so unstreitig, daß die Gerichtsbarkeit eines solchen Richters, der eine auf gewisse Personen und Sachen eingeschränkte privilegirte Gerichtsbarkeit hat, wohin z. B. die geistliche, die militärische, die academische, die Lehngerichtsbarkeit u. a. m. gehören, auf andere Sachen, welche in das Ressort derselben nicht einschlagen, keineswegs erstreckt werden kann, wenn auch nur von Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit die Rede seyn sollte [77]). Dieß ist es, wenn die Rechtsgelehrten sagen, es finde keine Prorogation de re ad rem oder de causa ad causam statt. Bey den Römern theilte man alle gerichtliche Rechtssachen nur in zwey Hauptclassen ein, nämlich in Civil, und Criminalsachen. Es kam also bey der Prorogation in Civilsachen immer nur darauf an, ob der Richter, auf welchen die Jurisdiction prorogirt werden sollte, in dieser Art von Sachen überhaupt zu erkennen befugt war [78]). So wie demnach keine Prorogation in einer bloßen Privatgeldsache auf einen Latrunculator

76) HELLFELD in Diss. alleg. de genuino fundamento iurisdictionis feudalis §. XXXIV.

77) S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 17. *Henr.* HILDEBRAND Diss. de recursu inordinato ad curias feudales in causis non feudalibus. *Altorf.* 1722. *Io. Wilh.* VOLCKAMER Specim. de illicita extensione iurisdictionis feudalis in vasallos eorumque subvasallos in causis non feudalibus. *Altorfi* 1789. Hierher gehört auch das rechtl. Gutachten des Schöppenstuhls zu Jena, welches Herr Regierungsrath Eichmann dem IV. Theile seiner Erklärungen des bürgerl. Rechts S. 433. folgg. im Auszuge beygefügt hat.

78) STOCKMANN a. a. O. pag 29.

zulässig war [79]), weil dessen Departement sich blos auf Entdeckung, Verfolgung und Bestrafung der Räuber und Mörder einschränkte [80]); so konnte im Gegentheil die Gerichtsbarkeit eines Richters, der nur über geringere Summen sprechen konnte, gültig auf grössere prorogirt werden [81]). Julian [82]) sagt dieses mit deutlichen Worten: Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat. Mit ihm stimmt auch Paulus [83]) überein, wenn er *lib. I ad Edictum* schreibt: Inter convenientes, et de re maiori, apud Magistratus municipales agetur. Aus eben dem Grunde konnte auch ein Procurator Caesaris, der sonst nur in Finanzsachen Recht sprach [84]), Rechtshändel der Privatpersonen entscheis-

79) *L.* 61. §. 1. *D. de iudiciis.* Latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest.

80) *Latrunculatores*, welche Justinian *Nov.* 8. u. 29. λῃστοδιώκτας καὶ βιοκωλύτας nennt, waren diejenigen, qui stationibus praeerant militum per provincias dispositis ad investigandos et persequendos latrones, wie sie CUJACIUS in Observat. iuris Rom. Lib. XIX. cap. 11. ganz richtig erklärt. Man vergleiche noch Ebendenselben in Expos. Novellar. ad Nov. 8. circ. fin. CORASIUS in Miscellan. iuris civ. Lib. III. cap. XVII. num. 9. VINNIUS de iurisdictione Lib. II. c. 2. und BRISSONIUS de Verborum Signif. voc. *Latrunculator.*

81) S. *O. A. H.* OELRICHS Specim. acad. ad L. 11. pr. et §. 1. D. de iurisdict. *Goettingae* 1787.

82) *L.* 74. §. 1. *D. de Iudiciis.*

83) *L.* 28. *D. ad municipal.*

84) *Iac.* GUTHERIUS de officiis domus augustae Lib. III. cap. 33. CAMPIANI de officio et potestate magistratuum Rom. pag. 413. sqq. und *Gottfr.* MASCOV de procuratore Caesaris §. XVIII.

ſcheiden, wenn ſie durch Prorogation der Partheyen an ihn gebracht wurden [85]). Genug, daß ſeine Jurisdiction überhaupt eine Civiljurisdiction war [86]). Hieraus läßt ſich jedoch nicht folgern, wie viele irrig gemeint haben [87]), daß alle Prorogatio de cauſa ad cauſam für ſchlechterdings zuläßig zu halten ſey [88]), indem hieraus die gröſßte Verwirrung der Gerichtsbarkeiten erwachſen würde.

II) Muß auf die Art und Weiſe geſehen werden, wie die Prorogation geſchieht. Denn ſo kann

85) *L. 1. Cod. de iurisdict. omn. iudic.* Non quidem fuit competens iudex Procurator noſter in lite privatorum: ſed, cum ipſi eum iudicem elegeritis, et is conſentientibus adverſariis ſententiam tulerit, intelligitis, vos acquieſcere debere rei ex conſenſu veſtro iudicatae: cum et Procurator iudicandi poteſtatem inter certas habeat perſonas: et vos, incongruum eum eſſe vobis iudicem ſcientes, tamen audientiam eius elegiſtis. Siehe *Matth.* WESENBEC Commentar. ac Praelect. ad tertium libr. Cod. h. t. pag. 507. ſq.

86) *Io. Ortw.* WESTENBERG in Principiis iuris ſec. ord. Digeſtorum Lib. I. Tit. XIX. §. 2. in Deſſelben *Operib. iurid. a* IUNGIO editis T. II. pag. 54.

87) Z. B. VINNIUS in ſelect. iuris quaeſtionib. Lib. I. c. 4. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exerc. IV. Th. 59. GEBAUER in Comm. acad. de iurisdictione Cap. I. §. 16. pag. 52. Struben in den rechtl. Bedenken I. Th. Bed. XIV. und EMMINGHAUS in notis ad COCCEJI ius civ. controv. Quaeſt. XV. not. u. T. I. p. 172.

88) Mit mir ſind einverſtanden COCCEJI in Iur. civ. Controv. h. t. Qu. XV. HUBER in Praelect. Iuris Rom. h. t. §. 11. KEMMERICH in Exercit. ſaep. laud. §. XVI. pag. 26. CRAMER in Diſſ. de iurisdict. prorogata §. 35 et 36. (*Tom. II. Opuſculor.*) und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. civ. h. t. §. 53 et 54. Alle dieſe ſtimmen darinn überein, daß keine prorogatio in cauſis diverſi generis ſtatt finde.

a) durch keinen Vertrag der Partheyen die Gerichtsbarkeit dergestalt prorogirt werden, daß der Richter dieselbe auch ausser dem ihm angewiesenen Gerichtsdistrict auszuüben sich anmaßen dürfte [89]). Denn ausser dem Cirkel seiner Gerichtsbarkeit ist der Richter nichts mehr als eine Privatperson, (§. 189. n. VI. S. 44.) und die Partheyen können ihm durch ihren Vertrag keine Jurisdiction ertheilen, wo er keine hat. Ja es kann nicht einmal innerhalb des Gerichtsbezirks die Jurisdiction des Richters nach der Willkühr der Partheyen de loco ad locum prorogirt werden. Denn Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit z. B. müssen der Regel nach an der ordentlichen Gerichtsstelle vorgenommen werden [90]). Auch die Ertheilung der Bonorum possessio decretalis soll nach der Vorschrift der Gesetze nirgends anderswo, als pro Tribunali, geschehen [91]).

b) Man kann ferner die Jurisdiction des Richters nicht zu einer Zeit prorogiren, wo er dieselbe nicht mehr hat, sondern sein obrigkeitliches Amt schon geendigt ist. Denn

89) VINNIUS in select. iuris quaestionib. Lib. I. cap. 4. handelt hiervon ausführlich. Ihm stimmt auch VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 33. mit Anführung neuer Gründe bey. Dessen ungeachtet ist Hr. Prof. EMMINGHAUS a. a. O. der entgegengesetzten Meinung. Allein die von ihm angeführten Gesetzstellen (L. 1. D. Si quis in ius vocat. L. 7. D. qui satisd. cog. L. 29. C. de pact.) gehören nicht hierher, denn sie handeln nur überhaupt von der Entsagung des Gerichtsstandes.

90) Rettelblads Versuch einer Anleitung zur ganzen praktischen Rechtsgelahrheit §. 38. S. 25. folg. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. I. Th. §. 48.

91) *L. 2. D. Quis ordo in bonor. possess. servet.* KOCH de Success. ab intestato §. 128.

Denn eine Obrigkeit ist nach niedergelegtem Amte nur wie eine Privatperson anzusehen [92]). Die Rechtsgelehrten nennen diese Prorogation de tempore ad tempus. Ulpian [93]) sagt zwar: possunt tempora, intra quae iussus est litem dirimere iudex datus, prorogari, si litigatores consentiant. Allein hier ist von keiner Prorogation der Gerichtsbarkeit die Rede, sondern die Frage war, ob nicht die Zeit, binnen welcher der den Partheyen auf ihr Verlangen vom Oberherrn bestellte Richter (iudex delegatus) den Rechtsstreit unter ihnen ausmachen sollte, mit derselben Einwilligung verlängert werden dürfe? Ulpian findet kein Bedenken, die Frage bejahend zu entscheiden, in soferne nicht etwa die weitere Hinaussetzung der vorgeschriebenen Frist in dem fürstlichen Auftragsschreiben (*Principali iussione*) ausdrücklich verboten worden wäre [94]). Bey der Prorogation der Gerichtsbarkeit kommt es ferner

III) auf die Qualität der Sachen an. Diese müssen von der Art seyn, daß eine Prorogation statt finden kann. Ist demnach von einer freywilligen Prorogation die Rede, so muß der Gegenstand derselben so beschaffen seyn, daß es Privatpersonen nicht durch positive Gesetze untersagt ist, sich über eine beliebige Ent-

 scheis-

92) *L.* 13. *D. de iurisdict.* Conf. VINNIUS a. a. O. pag. 27. VOET cit. loco §. 34.

93) *L.* 2. §. 2. *D. de Iudiciis.*

94) HUBER in Praelection. Iuris Rom. h. t. §. 10. pag. 81. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 12.

scheidung derselben unter sich zu vergleichen [95]). Die oben mehrmals angeführte Lex Iulia iudiciaria schränkt die Freyheit zu prorogiren bloß auf Privatsachen der Partheyen, d. i. welche nur lediglich ihr eigenes Interesse betreffen, ein, und schließt daher Criminalsachen, bey denen es auf eine öffentliche Strafe ankommt, stillschweigend aus [96]). Aus diesen Gründen behaupten auch die heutigen Rechtsgelehrten, daß in peinlichen Sachen die freywillige Prorogation wegfalle [97]), und billig ist dieses auf alle diejenigen Sachen auszudehnen, bey denen wegen des zum Grunde liegenden Staatsinteresse die Competenz des ordentlichen Richters erfordert wird, wenn auch nur von Handlungen der sogenannten freywilligen Gerichtsbarkeit die Rede seyn sollte (§. 193. S. 87.). Daß ausserdem Sachen, die ihren befreyeten Gerichtsstand haben, nicht nach der Willkühr der Partheyen prorogirt werden können, hat seinen Grund in dem Mangel der erforderlichen Gerichtsbarkeit, wie schon oben bey Nr. I. erinnert worden ist. In Ansehung der nothwendigen Prorogation wird ebenfalls erfordert, daß die besondere Eigenschaft der Sache, oder ein besonderes gesetzliches Verbot ihr nicht entgegen stehe. Daher wird z. B. die Reconvention in Mandatssachen ohne Clausel

95) STOCKMANN in Diss. saep. cit. §. 5. — *De causis iis omnibus, de quibus transactio licet, recte prorogari posse statuimus.*

96) S. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. II. c. 12. et 15. BACH in Opusc. pag. 408.

97) VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 37. KEMMERICH in Exercit. saep. cit. §. XVI. pag. 26. STOCKMANN a. a. O. pag. 26.

sel [98]), desgleichen in geistlichen und Lehensachen, wenn die Hauptklage eine bloße weltliche oder Allodialsache zum Gegenstande hat, für unzulässig gehalten [99]). Anton Faber [100]) hat zwar auch weitläuftig zu beweisen gesucht, daß bey Realklagen ihrer Natur nach keine Reconvention statt finde; allein seine Gründe laufen am Ende auf lauter Subtilitäten hinaus, und fallen, bey genauerer Erwägung, dahin, wie schon längst Hilliger [1]) gründlich gezeigt hat. Endlich

IV) ist auch auf die Qualität der Personen Rücksicht zu nehmen, welche die Jurisdiction prorogiren. Und hier kommt es auf zwey Fragen an:

a) ob Personen, welche einen befreyeten Gerichtsstand haben, sich, mit Begebung desselben, der Gerichtsbarkeit eines andern Richters unterwerfen können? In Ansehung dieser Frage muß ein Unterschied gemacht werden, ob von einer nothwendigen oder freywilligen Prorogation die Rede ist. Im ersten Falle ist die Zulässigkeit der Prorogation keinem gegründeten Zweifel unterworffen, weil hier nicht die Parthey, sondern das Gesetz selbst die Jurisdiction des Richters prorogirt, und ein

98) *I. H.* BOEHMER in Consult. T. III. P. III. Cons. DLXXI. n. 2.

99) OBERHAUSER in Praelect. canon. Lib. II. Tit. IV. §. 6. pag. 39. HEDDERICH in Elem. iuris canon. P. II. §. 149. not. c. Hofmanns T. Reichspraxis Th. I. §. 1109.

100) in Coniectur. iuris civ. Lib. XX. cap. 8. pag. 764. sqq.

1) in DONELLO enucleato Lib. XVII. cap. 18. lit. O. Mit diesem ist jedoch zu verbinden *Sam.* STRYK in Disp. ad L. *eum Papinianus* XIV. C. de sentent. et interlocut. omn. iudic. *Frfti ad Viadr.* 1673. Cap. II. §. 5. S. auch a RIEGGER Institution. iurisprud. ecclesiast. P. II. §. 650.

ein auch sogar hier eintretendes privilegium fori nicht bewiesen werden kann [2]). Hieraus folgt, daß Geistliche, wenn sie vor einem weltlichen Richter Klage erheben, die Jurisdiction eben dieses Richters auch in der Wiederklage, sofern nämlich dieselbe blos eine Civilsache zum Gegenstande hat, anerkennen müssen [3]). Eben dieses ist in Ansehung academischer [4]) und militairischer Personen

zu

2) Schnaubert's Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrechte 2. Th. Nr. IV. §. 1. S. 163.

3) Verschiedene Rechtsgelehrten haben zwar das Gegentheil zu behaupten gesucht. Z. B. *Ant.* FABER in Coniectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 7. pag. 764. *Rob.* KOENIG in Princip. iur. canon. Lib. II. Tit. IV. n. 8. *Placid.* BOECKN in Comment. in Ius Canon. Lib. II. Tit. IV. PIRHING in Iur. Canon. eod. lib. et tit. n. 9. und Estor in den Anfangsgründen des gem. u. Reichsprocesses I. Th. §. 2293. Allein BELLET in Disquisit. cleric. P. I. Tit. de favore clericorum, *Io. Pet.* SCHILTENPERGER in Quaestion. select. ex universo iure desumt. (*Ingolstad.* 1718.) Quaest. XI. *Herm. Ant. de* CHLINGENSPERG Disput. de Iudiciis, (*Ingolst.* 1710.) Assert. LIII. *Lud.* ENGEL in Collegio universi iuris canon. Lib. II. Tit. IV. n. 6. und besonders *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccleslast. P. II. §. 645—650. pag. 325. haben diese Meinung weitläuftig widerlegt. Mit mir stimmen noch überein *I. H.* BOEHMER in Iure Eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 57. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 696. *Phil.* HEDDERICH in Elem. iuris canon. P. II. §. 149. not. d. *Maur.* SCHENKL in Syntagm. iur. eccles. §. 442. p. 299. u. Danz in den Grundsätzen des bürgerl. Processes §. 35. S. 92.

4) Es fehlt zwar auch hier nicht an Rechtsgelehrten, die anderer Meinung sind. Z. B. RICHTER in Commentat. ad Auth. Habita. Cod. ne filius pro patre. P. III. Membr. 3. BECHMANN Diss. de privilegiis studios. cap. X. n. 19. *Iul.* PACIUS in lib. sing. ad dict. Auth. Cap. IX. n. 15. und Estor in den Anfangsgr. a. a. O. S. 861. Allein unserer Meinung

zu behaupten, weil keine persönliche Befreyung in Ansehung des Gerichtsstandes gegen diese nothwendige Erstreckung der Gerichtsbarkeit schützt [5]). Im andern Falle, wenn von der freywilligen Prorogation die Rede ist, ist die Frage: ob derjenige, welcher einen privilegirten Gerichtsstand hat, die Jurisdiction auf einen andern Richter erstrecken könne? mehrerem Zweifel unterworffen. Hr. Geh. Kriegsrath von Steck [6]) behauptet, es finde in keinem Falle die Entsagung eines befreyeten Gerichtsstandes statt, weil dergleichen besonderer Gerichtsstand ein Vorrecht ganzer Gemeinheiten, Gesellschaften, Stände und Gattungen der Menschen ist, mithin es nicht von der Willkühr einzelner Mitglieder der Gemeinheit abhange, sich einem andern incompetenten Richter zu unterwerffen. Allein nach allgemeinen Grundsätzen des Rechts würde vielmehr, dünkt mich, der Unterschied gemacht werden müssen, ob der befreyete Gerichtsstand blos als ein Privilegium für den Prorogirenden eingeführt, oder ob dieser Gerichtsstand auch zugleich als eine besondere Gerechtsame des Richters anzusehen, oder doch die Entsagung dieses Gerichtsstandes den Gerichtspflichtigen ausdrücklich verboten sey; und nur in den beyden letztern Fällen könnte, nach meiner Meinung, die Prorogation für unzuläßig gehalten werden, in dem erstern

nung sind SCHILTENPERGER in den angef. Quaestion. select. univ. iuris. Quaest. XII. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. CXXIII. medit. 7. und WALCH in Introduct. in Controvers. iuris civ. Sect. IV. Cap. II. §. 3. pag. 751.

5) CLEEMANN in Disp. de mutuis petitionibus §. VIII.

6) in den Ausführungen politischer und rechtlicher Materien. (Berlin 1776. 8.) Nr. XVI. Von Entsagung eines befreyeten Gerichtsstandes.

ftern Falle aber nicht [7]). Dieſes beruhet theils auf den ſchon anderwärts vorgetragenen allgemeinen Grundſätzen von der Begebung zuſtändiger Privilegien [8]), theils auf der Frage, ob gegen verbietende Vorſchriften der Geſetze eine Entſagung ſtatt finde [9])? So entſchieden jedoch dieſes an ſich iſt, mit ſo vielen Schwierigkeiten iſt dennoch die Anwendung dieſer Grundſätze in vorkommenden einzelnen Fällen oft verbunden. Ein wichtiges Beyſpiel giebt die ſehr controverſe Rechtsfrage: Ob ein Geiſtlicher die Gerichtsbarkeit eines weltlichen Richters in einer Civilrechtsſache freywillig prorogiren könne? welche von vielen Rechtsgelehrten bejahet [10]), aber auch von eben ſo vielen verneinet

7) Schnaubert in den angef. Beyträgen 2. Th. N. III. §. 3. lit. B. S. 154.

8) S. den I. Th. dieſes Commentars §. 99. S. 550.

9) S. dieſes Commentars I. Th. §. 14. S. 107.

10) Dieſer Meinung ſind *Caſp.* ZIEGLER in Diſſ. de foro privilegiato. (*Vitemb.* 1662.) Cap. III. §. 15. ſqq. *Matth.* STEPHANI Tract. de iurisdictione Lib. I. Cap. XXII. n. 16. *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccleſ. Proteſtant. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 40 et 41. *Io.* SCHILTER Inſtitut. iuris Canon. Lib. I. Tit. XVIII. §. 9. Jacob Fried. Ludovici Einleitung zum Conſiſtorialproceß Kap. V. §. 7. folgg. *Sam.* STRYK ad BRUNNEMANNI Ius Eccleſ. Lib. III. Cap. I. §. 12 und Ebenderſelbe de cautelis Contract. Sect. I. Cap. V. §. 19. *Frid. Eſ.* PUFENDORF in lib. de iurisdict. germanica P. I. Cap. IV. §. 105. Joh. Chriſt. Quiſtorp in den Beyträgen zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien IV. St. Nr. VIII. S. 131. u. folgg. *Io. Aug.* BACH in Diſſ. de prorogatione iurisdictionis §. 8. in *Opuſculis iurid.* pag. 426. ſqq. u. a. m.

net wird [11]). Die Ursache dieser Verschiedenheit der Meinungen liegt in dem offenbaren Widerspruche, den wir bey Entscheidung der gedachten Frage in den Vorschriften des römischen und canonischen Rechts antreffen. Das Justinianeische Recht erlaubt einem jeden, der sonst einen befreyeten Gerichtsstand hat, und insonderheit auch den Geistlichen, die freywillige Unterwerfung unter einem sonst nicht zuständigen Richter, und erklärt nicht nur das Versprechen, *se non usurum fori praescriptione propter sacerdotii praerogativam*, für gültig, sondern auch schon die blose Absicht, davon einseitig abgehen zu wollen, für völlig unerlaubt, weil es niemand erlaubt seyn könne, wider seinen eingegangenen Vertrag zu handeln, und einen andern, der darauf gebauet hat, wissentlich zu hintergehen [12]). Das Canonische Recht hingegen verbietet den Geistlichen schlechterdings, sich mittelst Vertrags einem fremden, zumal einem weltlichen Richter, eigenmäch-

11) Für diese Meinung streiten *Ant. Dadin.* ALTESERRA in Vindiciis iurisdictionis ecclesiast. Lib. III. cap. IV. pag. 112. sqq. *Herm. Ant. de* CHLINGENSPERG in Disput. de Iudiciis. Assert. XXXVII. *Ios.* FINESTRES *et de* MONSALVO Commentar. in Hermogeniani ICti iuris epitomar. libros VI. Tom. I. pag. 339. *Traugott* THOMASIUS in Diss. de foro clericorum protestantium, consistorio, non prorogabili. *Lipsiae* 1731. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 243. not. b. *Maur.* SCHENCKL in Syntagm. iuris eccles. §. 444. *Phil.* HEDDERICH in Elem. iuris canon. P. II. §. 139. *Car. Henr.* GEISLER Animadversion. ex universo iure depromtarum Spicileg. I. (*Vitembergae* 1787.) Nr. 2. u. a. m.

12) L. 51. *Cod. de Episcop. et Clericis.* — Sancimus, non licere adversus sua pacta venire, et contrahentes decipere, cum regula sit iuris antiqui: *omnes licentiam habere, his, quae pro se indulta sunt, renunciare.*

mächtig zu unterwerffen, und erklärt sogar einen in dieser Hinsicht geleisteten Eid für völlig unkräftig nnd unverbindlich [13]). Die Gründe sind, weil der den Geistlichen verliehene befreyete Gerichtsstand, oder ihre Befugniß, den Gerichtszwang eines weltlichen Richters nicht anerkennen zu dürfen, keine bloß persönliche Rechtswohlthat, deren man sich nach eigener Willkühr begeben könne, sondern ein Vorrecht des Kirchenstaats und der Hierarchie sey, welches dem ganzen Orden, dem gesammten geistlichen Stande, ertheilet worden, und auf die öffentliche Kirchenverfassung gegründet ist, mithin durch keine, wenn gleich eidliche, Verträge einzelner Mitglieder im mindesten geändert werden könne. Denn kein Eid gelte, der gegen ein gesetzliches Verbot geleistet worden ist. Aus diesen Gründen ist daher nach dem canonischen Rechte die freywillige Unterwerfung der Geistlichen unter einem weltlichen Richter auch nicht einmal alsdann für zuläßig zu halten, wenn selbige gleich in einer blos bürgerlichen Sache mit Einwilligung des Bischoffs geschehen seyn sollte [14]). So widersprechend indessen

13) *Cap.* 12. *X. de foro compet.* — Cum hoc ius in Milevitano et Carthaginenſi Conciliis ſit ſpecialiter promulgatum, ne clerici clericos relicto ſuo pontifice ad iudicia publica pertrahant, alioquin cauſam perdant —: Manifeſte patet, quod non ſolum inviti ſed etiam voluntarii paciſci non poſſunt, ut ſecularia iudicia ſubeant, *cum non ſit beneficium hoc perſonale, cui renunciari valeat, ſed potius toti collegio eccleſiaſtico ſit publice indultum: cui privatorum pactio derogare non poteſt. Nec iuramentum licite ſervari potuit, quod contra canonica ſtatuta illicitis pactionibus informatur.*

14) Cap. 18. X. eodem: — Licet privatorum conſenſus eum, qui iurisdictioni praeeſſe dignoſcitur, ſuum poſſit iudicem conſtitue-

dessen die Vorschriften des römischen und canonischen Rechts hierin sind, so wenig läßt sich jedoch mit Cujaz [15]) behaupten, als ob die Päbste durch ihre Verordnungen jene Vorschrift des Justinianeischen Rechts aufzuheben, und ein neues vorher ganz unerhörtes Recht einzuführen gesucht hätten. Nein! Denn, wie schon Janus a Costa [16]) und Johann August Bach [17]) bemerkt haben, so war der befreyete Gerichtsstand der Geistlichen zu Justinians Zeiten ganz anders beschaffen, als in den nachfolgenden Zeiten, da

stituere, *clerici tamen in iudicem non suum* (nisi forsan sit persona ecclesiastica, et episcopi dioecesani voluntas accedat) *consentire non possunt.* Nach dem ältern canonischen Rechte konnte sich zwar ein Geistlicher mit Einwilligung seines Bischoffs der Jurisdiction eines weltlichen Richters unterwerfen, wie *Ant. Dadin.* ALTESERRA in Innocentio III. seu Commentar. in singul. Decretales huiusce Pontificis Lib. II. Tit. II. cap. 12. pag. 230. aus dem *can.* 31. *Concil. Arelatens. III.* und *can.* 20. *Conc. Aurelianens. IV.* gezeigt hat. Allein deßwegen verdient doch Gregor IX. den Vorwurf nicht, den ihm Cujaz in Recitat. ad Decretal. Tit. de foro competente c. l. p. 30. macht, als ob er jenes ältere Recht zuerst abgeschaft und ein novum et antea inusitatum ius eingeführt habe. Denn eben dieses war schon vor ihm Rechtens, und fließt aus den Gründen, die P. Innocenz III. im *cap.* 12. X. *de foro competente* gegen die Prorogation des Gerichtsstandes der Geistlichen anführt, schon von selbst her. Die Gründe des Cujaz hat schon JANUS *a* COSTA in Summar. Decretal. h. t. pag. 362. widerlegt.

15) *Recitat.* in Decretales ad cap. 12. X. de foro compet. Den Cujaz hat gründlich widerlegt *Eman.* GONZALEZ TELLEZ in Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Tom. II. Lib. II. Tit. II. ad cap. 12. de foro compet. n. 12. pag. 81. sqq.

16) in Summar. Decretal. Tit. de foro compet. pag. 361.

17) in Diss. de prorogat. iurisdict. §. 6. in *Opuscul.* pag. 422.

da die geistliche Gerichtsbarkeit durch die Concession der weltlichen Regenten, und durch das päbstliche Recht ein eigenthümliches Recht der Bischöffe geworden ist. Denn zu der Zeit, da Justinian die gedachte Verordnung der L. 51. C. de Episc. et Cleric. bekannt machte, bestand das privilegium fori der Geistlichen blos darin, daß die in der kaiserlichen Residenzstadt wohnenden nur bey dem Praefectus Praetorio, die in den Provinzen aber bey keinem andern Richter als bey dem Präses oder Rector der Provinz belangt werden sollten [18]). Es war demnach der Gerichtsstand der Geistlichen in bürgerlichen Sachen damals noch kein kirchlicher, sondern ein blos weltlicher, der blos aus Faveur und Achtung für den geistlichen Stand (*ut eis beatitudinis honor debitus reservetur*) war eingeführt worden. In der Folge verordnete nun zwar Justinian [19]), daß wer eine Klage gegen einen Geistlichen hätte, dieselbe bey dem Bischoff des Orts anbringen sollte, jedoch befreyete der Kaiser hierdurch die Geistlichen eben so wenig von aller weltlichen Gerichtsbarkeit, als sich behaupten läßt, daß die Bischöffe schon damalen ein eigenthümliches Recht, die Rechtshändel der Geistlichen zu entscheiden, erlangt hätten. Nein! Justinian verordnet vielmehr ausdrücklich, daß wenn es etwa, wegen der besondern Beschaffenheit der Sache, oder wegen anderer Schwierigkeiten dem Bischoff nicht möglich wäre, die Sache zu entscheiden, sodann immer noch

18) *L. 33. Cod. de Episcop. et Cleric.*

19) *Nov. LXXIX. cap.* 1. *Nov. LXXXIII.* et *Nov. CXXIII. cap.* 21. Die Geschichte dieser Gesetze hat sehr genau entwickelt *Zeger Bernh. van* ESPEN in Iure Eccles. univ. P. III. Tit. I. Cap. IV. in *Operib. a Io. Pet.* GIBERT *noviss. editis Tom. IV. pag.* 8.

noch den Klägern erlaubt bleiben solle, ihre Klagen gegen Geistliche bey den oben gedachten weltlichen Richtern anzustellen, so wie er denn auch diesen letztern das Recht vorbehalten, die Sentenz des Bischoffs, wenn etwa die eine von den streitenden Partheyen binnen zehen Tagen Beschwerde dagegen geführt hätte, zu prüfen, und solche entweder abzuändern oder zu bestätigen, und in diesem letztern Falle auch dieselbe zu vollziehen [20]). Da also dieser befreyete Gerichtsstand der Geistlichen zu Justinians Zeiten blos zum Faveur der Geistlichkeit, und, als ein Privilegium für sie, war eingeführt worden, so ist kein Wunder, wenn es den Geistlichen damals erlaubt gewesen ist, sich desselben nach Willkühr zu begeben [21]). Allein eine ganz andere Beschaffenheit hatte

20) *Nov. CXXIII. cap.* 21.

21) In Gratians Decrete findet sich zwar ein Canon, daraus man beweisen möchte, daß die Befugniß, in Sachen der Geistlichen Recht zu sprechen, schon längst vor Justinian eine den Bischöffen erworbene Gerechtsame gewesen sey. Denn so heißt es *can.* 17. *Caus. XI. quaest.* 1. bey Gratian: Clericum nullus praesumat apud saecularem iudicem, Episcopo non permittente, pulsare. Dieser Canon ist, wie aus der Ueberschrift desselben erhellet, *ex Concilio Agathensi can.* 32. genommen, welche Synode im Jahr Chr. 506 in Frankreich gehalten worden ist. Allein, wie schon *van* ESPEN in Iure Eccles. Univ. P. III. Tit. I. cap. V. §. 8. richtig bemerkt hat, so ist es dem Gratian mit diesem Canon, wie mit vielen andern, gegangen, daß er denselben unrichtig dargestellt, und ihm einen Sinn beygelegt hat, woran die Väter des Conciliums zu Agde nie gedacht haben. Denn nach den besten Ausgaben der Concilienschlüsse lautet der *can.* 32. *Concilii Agathensis* folgendermassen: Clericus ne quemquam praesumat apud saecularem iudicem, Episcopo non permittente, pulsare; sed si pulsatus fuerit, respondeat; wie, ausser den römischen

das forum privilegiarium Clericorum zu den Zeiten, da Pabst Gregor IX. seine Decretalen promulgirte. Denn wie nunmehr die geistliche Gerichtsbarkeit schon längst durch die Concession der weltlichen Regenten ein eigenthümliches auf das System der Hierarchie gegründetes und durch die Kirchengesetze bestätigtes Vorrecht der Bischöffe geworden war, so wurde dieselbe auch jetzt insonderheit in den persönlichen Sachen der Geistlichen von den Bischöffen, als eine ihnen eigene Befugniß, ausgeübt, und hierdurch der Gerichtsstand der Geistlichkeit, der noch zu Justinians Zeiten ein weltlicher, oder wenigstens, selbst durch die Novellen dieses Kaisers, von aller weltlichen Gerichtsbarkeit noch nicht ganz befreyeter Gerichtsstand war, in einen kirchlichen ganz eximirten Gerichtsstand verwandelt [22]). Auf diese öffentliche Kirchen-

Correctoren, vorzüglich *Car. Sebast.* BERARDUS ad Gratiani canones P. I. Cap. XXIII. pag. 249. (*edit. Venet.* 1777. 4) gezeigt hat. Zufolge dieses Agdischen Concilienschlusses sollte also nur kein Geistlicher, ohne Erlaubniß seines Bischoffs, mit Jemand einen Proceß anfangen, sich aber doch ohnweigerlich vor dem weltlichen Richter stellen, wenn er selbst von Jemand belangt worden wäre. Daß dieses der Verfassung der damaligen Kirchendisciplin gemäß gewesen sey, beweist auch noch ein anderes in Frankreich zu *Epaon* im Jahr 517 gehaltenes Concilium, in dessen *can.* 11. folgendes verordnet ist: Clerici sine ordinatione Episcopi sui adire vel interpellare publicum non praesumant, sed si pulsati fuerint, sequi ad saeculare iudicium non morentur. Es waren also damalen die Geistlichen unstreitig noch den weltlichen Gerichten unterworfen. Man sehe *Franc.* FLORENTIS Tract. ad Gratiani Caus. XI. Qu. 1. in *Operib. iurid. Tom. II. pag. 9. sq.* und *van* ESPEN in brevi Commentar. in sec. Part. GRATIANI Caus. XI. in *Operib. Tom. VIII. pag.* 59. *sqq.*

22) Die aus den Capitularien der fränkischen Könige, und den Concilienschlüssen hierher gehörigen Beweise findet man alle in

chenverfassung seiner Zeiten gründet sich also die oben angeführte Verordnung des Pabsts Innocenz III. in cap. 12. X. de foro competente [23]). Denn daß der Pabst hierdurch kein neues vorher unerhörtes Recht habe einführen wollen, erhellet aus den Entscheidungsgründen desselben, insonderheit aus der Berufung auf die ältern Conciliensschlüsse [24]). Es kommt nun alles darauf an, welchem Rechte heut zu Tage der Vorzug zu gestatten sey? Ich bin hier mit Hrn. Hofrath Schnaubert [25]) darin einverstanden, daß bey der vorgelegten Frage ein

in chronologischer Ordnung zusammengestellt bey *van* ESPEN in Iure Eccles. Univ. a. a. O. Cap. IV. §. 20. sqq. Noch ausführlicher hat die Geschichte von der successiven Gründung und Erweiterung der bischöflichen Gerichtsbarkeit über die Geistlichen abgehandelt *Lud.* THOMASSINUS in veteri et nova ecclesiae disciplina P. II. Lib. III. Cap. 101 — 114. (nach der Mainzer Ausgabe 1787. 4.)

23) S. GONZALEZ TELLEZ in Commentar. ad c. 12. X. de foro competente, und ALTESERRA in Vindiciis iurisdictionis eccles. Lib. III. cap. 4.

24) Der Pabst beruft sich auf das Milevitanische und Carthaginensische Concilium, und versteht darunter die unter diesen Ueberschriften in Gratians Decrete vorkommende bekannten Texte *can.* 42. *et* 43. *Cauf.* XI. *qu.* 1. Allein was Gratian dem Milevitanischen Concilium zuschreibt, ist in demselben nirgends, wohl aber im *Concilio Toletano III.* vom Jahre 589. *can.* 13. zu finden, wie auch schon die CORRECTORES ROMANI in ihrer Anmerkung zum c. 42. erinnert haben. Die Ursache dieses Irrthums untersucht *Car. Seb.* BERARDUS ad Gratiani Canones P. I. Cap. XVI. pag. 177.

25) In den Beyträgen zum T. Staats- und Kirchenrecht II. Th. N. IV. unter dem Titel: Kann ein Geistlicher die Gerichtsbarkeit eines weltlichen Richters in einer weltlichen Sache freywillig prorogiren?

Unterschied zwischen der katholichen und der protestantischen Kirche zu machen sey. In Ansehung der katholischen Kirche verdient unstreitig diejenige Meinung den Vorzug, welche dem canonischen Rechte das Wort redet. Denn in Ansehung derselben treten auch noch heutiges Tages dieselbigen Gründe ein, aus denen den Geistlichen die freywillige Unterwerffung unter einem weltlichen Richter verboten worden ist. Allein in Ansehung der protestantischen Kirche sehe ich nicht sowohl darauf, was man hiebey für ein System vom Grunde der den evangelischen Landesherren zustehenden Kirchengewalt annimmt, denn, da diese Systeme sehr verschieden sind [26]), so würde auf solche Art die Frage immer unentschieden bleiben; sondern es kommt vielmehr meines Erachtens auf die besondere Verfassung der evangelischen Kirche selbst an. Es stehet nämlich die geistliche Gerichtsbarkeit entweder der Kirche selbst, als ein gesellschaftliches und ihr erworbenes Recht, zu, oder sie wird im Namen des evangelischen Landesherrn durch seine Consistorien ausgeübt, oder sie ist gewissen Unterthanen,

26) Man sehe *Dan.* NETTELBLADT Commentat. de tribus systematibus doctrinae de iure sacrorum dirigendorum domini territorialis evangelici quoad ecclesias evangelicas sui territorii; in EIUS *Observation. iuris ecclesiastici* (Halae 1783. 8.) N. VI. Desselben Abhandl. über die Kirchengewalt der evangel. Landesherren in Ansehung ihrer evangel. Unterthanen; in Seinen Abhandlungen aus dem prot. Kirchenrechte (Halle 1783. 8.) Nr. IV. Schnaubert von dem Grunde der den evangelischen Landesherren in Kirchensachen zustehenden Gerechtsamen; in Desselben Beyträgen zum T. St. u. K. R. I. Th. Nr. XI. und *Io.* IUNG Origines iuris sacrorum Commentat. II. systemata Protestantium cum historia Ecclesiae, Imperii R. G. et Pacificationum publicarum comparata continens. *Heidelbergae* 1783. 8.

nen, z. B. Adelichen auf ihren Gütern, oder dem Magistrat einer Landstadt, als eine eigenthümliche Gerechtsame (iurisdictio realis s. patrimonialis), vom Landesherrn verliehen worden. Im erstern Falle, wenn z. B. eine evangelische Kirche sich unter katholischer Landesobrigkeit befindet, welcher, vermöge des Entscheidungsjahrs das eigenthümliche Recht eines Consistoriums zusteht [27]), gehört die geistliche Gerichtsbarkeit zu der eigenthümlichen und von der weltlichen Herrschaft wesentlich unterschiedenen Kirchengewalt einer solchen Kirche, worauf dieselbe eben so ein erworbenes und ausschliessendes Recht hat, gleichwie die Bischöffe nach dem canonischen Rechte haben [28]). Es findet folglich auch hier jene Verordnung des canonischen Rechts, vermöge welcher ein Geistlicher die Jurisdiction in einer bürgerlichen Rechtssache auf einen weltlichen Richter nicht prorogiren darf, so wie die vom P. Innocenz III. desfalls angeführte Ursache: pacto privatorum iuri publico minime derogari, ihre vollkommene Anwendung. Denn es gehört in einem solchen Falle unstreitig zur innern Verfassung und Staatsrecht einer solchen Kirche, daß ihr, als Gesellschaft, die geistliche Gerichtsbarkeit auch über ihre Geistlichen ausschließlich zusteht. Im andern Falle hingegen repräsentirt ein solches landesherrliches Consistorium unmittelbar den evangelischen Landesherrn, der es angeordnet hat, und desselben Gerichtsbarkeit ist eben sowohl, wie die Jurisdiction der von ihm angeord-

27) *Instr. Pac. Osn. Art. V. §.* 31. Man vergleiche *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de clerico debitore. (*Halae* 1715.) Cap. II. §. XII. *G. L.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 199. Strubens Nebenstunden Th. II. Abh. VI. und Th. III. Abh. XV.

28) *I. H.* BOEHMER Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXVIII. §. 43. pag. 640.

neten weltlichen Gerichte nur eine persönliche oder Amtsgerichtsbarkeit. Es unterscheidet sich von andern landesherrlichen Gerichten blos darin, daß demselben ein besonderes Fach von Sachen, nämlich Kirchensachen, und eine gewisse Gattung von Personen, nämlich die Geistlichen und andere kirchliche Personen vom Landesherrn angewiesen worden ist. Wenn nun gleich Kirchensachen auch in evangelischen Landen dem Consistorium dergestalt angewiesen sind, daß nachher jeder andere Richter des Staats in denselben, als in Sachen, welche in seiner Gerichtsbarkeit gar nicht begriffen sind, incompetent geworden ist; so kann doch die Incompetenz des weltlichen Richters in Ansehung der Person eines Geistlichen in einer bloßen bürgerlichen Rechtssache durch die Prorogation um so mehr gehoben werden, da der privilegirte Gerichtsstand in diesem Falle blos als ein Privilegium der Geistlichen, keinesweges aber als ein Privilegium des Richters zu betrachten ist. Mithin bleibt es hier bey der oben angeführten Verordnung des Justinianeischen Rechts. Daher es auch nach dem Gerichtsbrauche bey den Protestanten keinen Zweifel hat, daß ein Geistlicher in bloßen weltlichen Sachen, zumal in einzelnen Fällen, mittelst Vertrags sich seines befreyeten Gerichtsstandes füglich begeben könne, und daß eine solche Entsagung auch ohne eydliche Bestätigung alle rechtsbehörige Gültigkeit habe [29]). Endlich in dem letztern Falle [30]) fällt die Proroga-

29) Man vergleiche vorzüglich *I. H.* BOEHMERI Ius Eccles. Prot. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 41. pag. 1012. und Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien IV. Stück Nr. VIII. S. 133.

30) Von solchen Consistoriis mediatorum führt *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. cit. de clerico debitore Cap. II. §. 11. verschiedene

rogation, zu Folge des oben vorgetragenen Grundsatzes, daß diejenigen, welche einer Patrimonial, oder Realjurisdiction unterworffen sind, dieselbe nicht ohne Erlaubniß ihrer Gerichtsobrigkeit auf einen andern Richter prorogiren können, schon von selbst weg. Mithin kann kein geistlicher Gerichtspflichtiger sich derselben auch nur in einem einzelnen Falle entziehen, ohne der eigenen und erworbenen Gerechtsame seines geistlichen Richters zu nahe zu treten.

Aus eben diesen Grundsätzen ist auch die Frage zu entscheiden: ob eine academische Person sich ihres befreyten Gerichtsstandes begeben, und einem andern Richter sich unterwerffen könne? Die Verneinung dieser Frage findet um so weniger Zweifel, da die academische Gerichtsbarkeit heut zu Tage eine iurisdictio realis, ein der Academie, als einer universitati, zuständiges eigenthümliches Recht ist [31]).

dene merkwürdige Beyspiele an. S. auch *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 183.

31) S. *Henr.* BALEMANN Dissert. epistol. de iurisdictione academica non proroganda. *Giessae* 1755. Joh. Ernst Flörkens Erörterung der Rechtsfrage, ob jemand, besonders ein Geistlicher, wie auch ein Academicus, desgleichen ein Soldat, seines befreyten Gerichtsstandes sich begeben könne? Halle 1758. 4. Joh. Christoph Kochs rechtliche Gedanken von der Gerichtsbarkeit der Universitäten. Giessen 1764. 4. *Car. Frid.* WALCH in Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. IV. cap. 2. §. 2. pag. 750. welcher zugleich die über diese Frage zwischen Huber und van Eck gewechselten Streitschriften vollständig anführt; den Streit selbst erzählt

Re-

Nun entsteht noch

b) die andere Hauptfrage: ob Jemand, der keinen befreyeten Gerichtsstand hat, die Gerichtsbarkeit auf einen solchen Richter prorogiren könne, der nur für die Rechtssachen privilegirter Personen ausschließlich bestellet ist? Z. B. kann eine Person, die zur Academie auf keine Weise gehört, sich dem academischen Gerichte, oder eine Person, die kein Soldat ist, dem militärischen Gerichte unterwerffen? Meines Erachtens kann hier keine Prorogation statt finden. Schon die Natur der Privilegien erlaubt dieses nicht. Denn sonst würden ja Personen, die kein privilegium fori haben, sich eines solchen nach ihrem Gefallen theilhaftig machen können. Hierzu kommt die deutliche Verordnung des Kaisers Gordian [32]), welcher folgendermaßen rescribirt hat: Si militaris iudex super ea causa, de qua civilibus actionibus disceptandum fuit, non datus, a quo dari poterat, cognovit: etiam

Rettelbladt in den Hallischen Beyträgen zur Gelehrtenhistorie I. Th. 2. St. N. V. S. 355. u. folgg. Unter den neuern Rechtsgelehrten behaupten zwar LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. LXXVII. med. 4. COCCEJI in Iur. Civ. Controv. T. I. Lib. V. Tit. I. Qu. 23. *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. II. §. 42. u. a. m. daß es einem akademischen Bürger nirgends verboten sey, sich in einzelnen besondern Fällen vor andern Gerichten zu stellen, und daselbst sich einzulassen. Allein mit besserm Rechte halten andere Rechtsgelehrten auch diese Art der Prorogation für unzulässig. S. ausser Flörken in der angef. Schrift §. 14. noch EMMINGHAUS in not. ad COCCEJI Ius Controv. c. l. not. g. pag. 424.

32) *L. 2. Cod. si a non competente iudice iudicatum esse dicatur.*

etiam remota appellatione id, quod ab eo ſtatutum eſt, firmitatem iudicati non habet 33).

Was endlich noch die Wirkungen der Prorogation betrifft, ſo iſt zwar überhaupt gewiß, daß der prorogirte Richter eben dieſelbige Gewalt über die ſtreitenden Partheyen erlangt, welche der ordentliche Richter hat. Er kann daher gegen die ungehorſamen mit Zwang- und Strafmitteln verfahren, und ſeine Verfügungen und Urtheile vollziehen. Jedoch wird natürlicher Weiſe vorausgeſetzt, daß der prorogirende Theil entweder unter dem Gerichtszwange dieſes Richters angetroffen werde, oder wenigſtens Güter daſelbſt beſitze, in welche die Execution vollſtreckt werden kann 34).

§. 208.

Von der *iurisdictione mandata* nach römiſchen und heutigen Rechten. Erläuterung der *L.* 1. *D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd. L.* 2. *D. quis a quo appell.* u. *L.* 13. *D. de offic. Proconſ.*

Ganz verſchieden von der iurisdictione prorogata iſt die IURISDICTIO MANDATA. Eine obrigkeitliche Perſon übt die ihr vom Staat verliehene Gerichtsbarkeit entweder ſelbſt aus, oder ſie überträgt die Verwaltung derſelben, ganz oder zum Theil, einem andern. Im letztern Falle entſteht eine IURISDICTIO MANDATA, worunter alſo eine ſolche Gerichtsbarkeit verſtanden wird,

33) Mit mir ſtimmen überein VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 17. BACH in Exercitat. de prorogatione iurisdiction. §. 3. circa fin. in *Opuſculis* pag. 412. ſq. und STOCKMANN in Diſſ. ſaep. cit. de iurisdictione prorogat. §. 5. circ. fin. pag. 28.

34) KEMMERICH in Exercit. de prorogatione iurisdictionis §. XVII. et STOCKMANN in Diſſ. all. §. VII.

wird, die man im Namen und an der Stelle einer andern obrigkeitlichen Person, vermöge einer von derselben erhaltenen Vollmacht, ausübt [35]). Wer die Jurisdiction mandiren will, muß, wie Julian [36]) sagt, die Gerichtsbarkeit *suo iure* besitzen, d. i. sie von dem Oberherrn des Staats selbst erhalten haben; sie mußte ihm bey den Römern, vermöge eines vom Staat ertheilten obrigkeitlichen Amtes (iure magistratus), zustehen. Denn nur eine IURISDICTIO PROPRIA kann einem andern zur Ausübung überlassen werden. Eine MANDATA hingegen ist, nach dem Ausspruche des Paulus [37]), keiner weitern Uebertragung fähig. Die römischen Magistratspersonen durften nun ihre Gerichtsbarkeit nach Gefallen mandiren [38]). Denn oft erlaubte ihnen die Menge anderer Staats- und Kriegsgeschäfte nicht, sie selbst zu verwalten; oft waren sie auch nicht einmal der Rechte kundig. Der Auftrag konnte auch einer Privatperson eben so gut als einer obrigkeitlichen Person geschehen [39]), allein doch immer

35) S. *Augustin.* CAMPIANI de officio et potestate magistratuum Rom. pag. 452. sqq. *Ger.* NOODT de iurisdictione et imperio Lib. II. cap. I — II. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Pandectar. h. t. §. 8 — II.

36) *L.* 5. *D. de iurisdict.* More maiorum ita comparatum est, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio, haberet.

37) *L.* 5. *D. de officio eius, cui mandata est iurisdictio.* Mandatam sibi iurisdictionem mandare alteri non posse, manifestum est.

38) *L.* 6. §. 1. *D. de officio Proconf.* — Mandare iurisdictionem vel non mandare, est in arbitrio Proconsulis.

39) *L.* 3. *L.* 5. §. 1. *D. de officio eius, cui mand. est iurisdict.*

immer nur einer solchen Person, welche die zur Verwaltung des richterlichen Amtes erforderlichen Eigenschaften hatte. Eine römische Magistratsperson konnte jedoch ordentlicher Weise nur die Ausübung desjenigen an andere überlassen, was more maiorum zu ihrem Amte gehörte [40]). Denn was vermöge eines Volksschlusses [41]), oder Senatusconsultums [42]), oder einer kaiserlichen Constitution [43]) der obrigkeitlichen Charge besonders beygelegt war, gieng nicht auf den Stellvertreter über. Der Mandatarius erhielt daher durch den Auftrag so wenig das imperium merum (S. 27) als die Legis actio (S. 9). Allein war ihm die Jurisdictio überhaupt anvertrauet, so verstand sich das imperium mixtum von selbst [44]). Wir finden zwar in den römischen Gesetzen, daß der Stellvertreter zuweilen auch solche Dinge habe

40) *L.* 1. *D. eodem.*

41) Z. B. die Bestellung der Vormünder für Unmündige, wozu die *Lex Attilia* den Prätor Urbanus, die *Lex Iulia et Titia* aber den Präses der Provinz authorisirte. §. 1. *I. de attilian. tut.* Daher sagt Ulpian *L.* 8. *pr. D. de tutor. et curat. dat.* Nec mandante Praeside alius tutorem dare poterit.

42) Z. B. die Untersuchung bey gewaltsamer Entleibung eines Herrn gegen die Sclaven desselben, die nach dem Senatusconsultum Silanianum dem Prätor zustand. Vid. *tit. Dig. de SCto Silaniano*, (XXIX. 5.)

43) Ein Beyspiel giebt die Untersuchung und obrigkeitliche Bestätigung des Vergleichs über künftigen Unterhalt, vermöge der Verordnung des Kaiser Marcus. *L.* 8. *pr. D. de transact.* Diese konnte der Prätor oder Präses keinem andern überlassen. *L.* 8. §. 18. *D. eod.*

44) *L.* 1. *in fin. L.* 5. §. 1. *D. de offic. eius cui mand. e. iurisd.*

habe versehen können, die nicht zum ordentlichen Amte der obrigkeitlichen Person gehörten; allein es mußte doch immer eine besondere Veranlassung dazu vorhanden seyn, z. B. Abwesenheit, und dann konnte der Auftrag nur einer solchen Person geschehen, die die Gesetze auf solchen Fall schon authorisirt hatten. So z. B. konnte der legatus Proconsulis vermöge einer Verordnung des Divus MARCUS Vormünder bestellen [45]); vermöge eben dieser Verordnung konnte der Präses der Provinz auch die Municipalobrigkeiten hierzu bevollmächtigen [46]). Im Nothfall konnte der legatus Proconsulis auch Sklaven manumittiren, wenn er nämlich den besondern Auftrag hierzu in der Provinz erhielt, denn ausserdem hatte der Legatus ordentlicher Weise keine legis actio [47]). So gar

45) L. 15. D. *de offic. Proconf.* L. 1. §. 1. D. *de tutor. et curatorib. datis.*

46) §. 4. I. *de Attil. tutor.* L. 3. D. *de tut. et curator. dat.*

47) Auf diese Art, dünkt mich, ließe sich der Widerspruch zwischen die *L.* 17. §. 1. *D. de manum. vindict.* und *L.* 2. *et* 3. *D. de officio Proconf.* mit *Abrah.* WIELING in Lectionib. iuris civ. Lib. I. cap. 5. am leichtesten heben, ohne nöthig zu haben, mit CUJACIUS Observat. lib. I. c. 1. der *L.* 17. §. 1. *cit.* die Particul NON einzuschalten, oder mit *Pet.* BURGIUS in Elect. cap. 2. *Ger.* NOODT de iurisdict. et imperio lib. II. cap. 7. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 9. statt Legatum eius, *Legatum Caesaris* zu lesen, und darunter den Praeses der Provinz zu verstehen. Die Emendation des Cujaz hat schon ROBERTUS lib. I. Receptar. lect. c. 28. verworfen. Cujaz suchte sie zwar Observat. lib. XV. cap. 19. zu rechtfertigen. Allein Robert antwortete darauf lib. I. Animadv. cap. 21. den Cujaz widerlegt auch HOTOMANNUS lib. II. Responsion. amicabil. c. 1. In einigen Ausgaben der Pandecten findet man der *L.* 17. §. 1. *D. de manum.*

gar das merum imperium konnte zuweilen auſſer der Ordnung mandirt werden. Dieß erlaubte z. B. *Lex Iulia de vi* im Falle der Abweſenheit des Magiſtrats [48]). Ob auch in dem nämlichen Falle bey andern Verbrechen ein ſolcher Auftrag zuläßig geweſen, iſt ſtreitig. Hannesen [49]) will jene Ausnahme blos auf das Verbrechen der vis publicae einſchränken, wovon die *Lex Iulia* redet. Allein Voet [50]), Schulting [51]) und die meiſten Rechtsgelehrten behaupten das Gegentheil. Daß man auſſer der Ordnung Unterſuchungen in peinlichen Fällen

den

manum. vind. noch folgende Worte beygefügt: ex quo provinciam ingreſſus eſt. Z. B. in der Ausgabe des Haloanders, und der des *Petri ab* AREA BAUDOZA CESTII. Allein die Florentiniſche, Ruſſardiniſche, Gothofrediſche und mehrere andere Ausgaben haben jenen Zuſatz nicht. Daher hält ihn CAMPIANI pag. 273. für ein Gloſſem. Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo iſt kein Widerſpruch vorhanden, wenn man erwägt, daß Marcian in der *L.* 2. *D. de offic. Proconſ.* nur ſo viel ſagt, daß zwar dem Proconſul, ehe er noch die ihm angewieſene Provinz erreichte, die legis actio ſchon zuſtand, aber auf keine Weiſe dem ihm beygegebenen Stellvertreter. Denn dieſem konnte ja der Proconſul überhaupt nicht eher die Jurisdiction mandiren, als wenn er in der Provinz wirklich angekommen war, wie Ulpian *L.* 4. *§.* 6. *D. de offic. Proconſ.* bezeugt. Mit mir ſtimmt auch *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. Iuris ſec. ord. Digeſtor. Lib. I. Tit. 16. §. 14. überein. Man ſehe übrigens *H.* ERNSTIUS ad libr. I. Digeſtor. in L. 2. §. 1. de Offic. Proc. Tom. VI. *Theſaur. Meermann.* p. 853.

48) *L.* 1. *pr. D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd.*

49) in Diſſ. de iurisdictione §. XXVI.

50) in Comment. ad Pand. h. t. §. 10.

51) in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 9.

den Legatis zu übertragen pflegte, lehrt Ulpian [52]) ganz deutlich. Es scheint auch der dem Quaesitor ehemals beygegebene Iudex quaestionis, dessen nicht nur Cicero [53]), sondern auch Marcian [54]) gedenken, ein bloser Gehülfe und Stellvertreter der peinlichen Obrigkeit gewesen zu seyn, wie Noodt [55]) sehr gründlich gezeigt hat. Hierzu kommt die ausdrückliche Verordnung des Kaisers Constantin [56]): Legati non solum civiles, sed etiam *criminales causas* audiant, ita ut si sententiam in reos ferendam providerint, ad Proconsulem eos transmittere non morentur. Indessen erhellet hieraus doch nur immer so viel, daß allenfalls die Verhörung der Missethäter durch die Legatos habe geschehen können [57]). Das Urtheil selbst aber und dessen Vollziehung blieb immer dem Magistrate vorbehalten [58]). Es versteht sich übrigens von

52) *L. 6. pr. D. de offic. Proconsul.* Solent etiam custodiarum cognitionem mandare Legatis: scilicet ut praeauditas custodias ad se remittant, ut innocentem ipse liberet. Sed hoc genus mandati extraordinarium est.

53) in Orat. *pro Cluentio* cap. 54. auch in *Bruto* cap. 76.

54) *L. 1. §. 1. D. ad Leg. Cornel. de Sicariis.*

55) de iurisdict. et imperio Lib. II. cap. 5. Eben dieses scheint die Bestimmung des Vicarii urbis Romae gewesen zu seyn, welchem der Praefectus urbis mit Genehmigung des Kaisers das merum imperium auftragen konnte; wie ebenfalls NOODT cap. VI. erwiesen hat.

56) *L. un. Cod. de officio Proconsul. et Legati* (lib. I. Tit. 35.)

57) S. CAMPIANI de officio et potestate Magistrat. Rom. pag. 291. sq.

58) *L. 6. in fin. D. de offic. Proc.* Nec enim potest quis gladii potestatem sibi datam, vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre. Hiermit ist auch *L. 11. D. eodem* zu verbinden, welchen

von selbst, daß die Jurisdiction des Stellvertreters mit der Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die ihn bevollmächtiget hatte, ein und dieselbe gewesen. Papinian [59]) sagt dieses ausdrücklich: Qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed eius, qui mandavit, iurisdictione utitur. Daher bediente sich der bevollmächtigte Richter auch des Tribunals seines Gewaltgebers [60]); und von den Urtheilssprüchen desselben konnte nur an den Obern des Mandantis appellirt werden [61]). Bemerkenswerth ist jedoch die Ausnahme bey den Legatis Proconsulis, von diesen wurde an den Proconsul selbst appellirt. Venulejus Saturninus *lib. 2. de officio Proconsulis* [62]) sagt: Appellari a Legatis Proconsul [63]) potest, et si multam dixerit, potest de

welchen *Herm.* OOSTERDYK in Disp. ad fragmenta, quae ex VENULEJI SATURNINI libris *de officio Proconsulis* supersunt. (*Trajecti ad Rhen.* 1755.) Cap. III. §. 1. in *Ger.* OELRICHS Thes. novo Dissertat. iuridic. Belgicar. Vol. I. T. II. Nr. VII. pag. 489. vortreflich erläutert.

59) *L.* 1. §. 1. *D. de offic. eius, cui mand. e. iurisdictio.*

60) *Ger.* NOODT de iurisdict. et imperio Lib. II. cap. 9. beweißt dieses mit vielen Gründen. Diesen ist jedoch *L. ult. Cod. ubi et apud quem cognitio rest. in integr. agend.* beyzufügen.

61) *L.* 1. §. 1. *D. quis a quo appelletur.* Ab eo, cui quis mandavit iurisdictionem, non ipse provocabitur: nam generaliter is erit provocandus ab eo, cui mandata est iurisdictio, qui provocaretur ab eo, qui mandavit iurisdictionem.

62) *L.* 2. *D. eodem.*

63) So liefet die Florentine. Allein Haloander und Fradin haben a legatis Proconsulis. Daß jedoch die Florentinische Lesart richtig sey, hat *Cornel. van* BYNKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. VI. cap. 23. aus den Basiliken erwiesen.

de iniquitate eius Proconſul cognoſcere, et quod optimum putaverit, ſtatuere. Wie man ſich dieſe Ausnahme ohne Widerſpruch erklären ſoll, da doch die Legati Proconſulis nach der Meinung des Paulus[64] auch nur eine iurisdictio mandata hatten, iſt ſchwer zu begreifen. Ich übergehe die Meinungen anderer Rechtsgelehrten, welche die Sache minder getroffen zu haben ſcheinen, und glaube, daß das Fragment des Venulejus nur von einem ſolchen Falle zu verſtehen ſey, da der Legatus Proconſulis nicht als bloßer Bevollmächtigter, ſondern zugleich vermöge eines ihm zuſtehenden eigenen Rechts handelte, was er nicht dem Auftrage des Proconſuls, ſondern der Verordnung eines beſondern Geſetzes zu verdanken hatte. Dahin gehört, wenn der Legat einen zum Vormund beſtellte, wozu ihn die Verordnung des Divus Marcus berechtigte; und dieſer ſich entſchuldigte, der Legat aber die Entſchuldigung nicht annahm, ſondern ihn durch Geldſtrafe zur Uebernehmung der Vormundſchaft nöthigen wollte[65], ſo konnte derſelbe an den Proconſul appelliren. In allen übrigen Fällen hingegen, da der Legat des Proconſuls blos als Stellvertreter und vi mandatae iurisdictionis Recht ſprach, mußte an den Kaiſer oder an den Präfectus Prätorio appellirt werden[66]. Mit mir ſtimmen Auguſtinus Cam-

64) *L.* 12. §. 1. *D. de iudiciis.*

65) Daß dergleichen Zwangsmittel ſtatt fanden, wenn jemand ſich ohne hinlängliche Urſache der Bürde einer angetragenen Vormundſchaft zu entziehen ſuchte, lehrt *L.* 9. *D. de munerib. et honor.*

66) *L.* 32. *Cod. de appellat. et conſultat.*

Campiani [67]) und Hermann Oosterdyk [68]) überein. Die iurisdictio mandata endigte sich nun nach römischen Rechten auf eben die Art, wie eine jede andere Bevollmächtigung nämlich durch den Tod, durch Revocation, und wenn überhaupt die Jurisdiction des magistratus mandantis aufhörte. Etwas besonders finden wir auch hier in Ansehung eines Legati Proconsulis, diesem konnte die einmal aufgetragene Jurisdiction anders nicht als mit Vorwissen und Genehmigung des Kaisers genommen werden, dahingegen bey andern Mandatarien der Auftrag nach der Willkühr des magistratus mandantis wiederruflich war. Ulpian *lib. I. de officio Proconsulis* [69]) sagt: Adimere mandatam iurisdictionem licet quidem Proconsuli; non autem debet inconsulto Principe hoc facere. Der Grund hiervon war, weil die Gewalt eines legati Proconsulis nicht ganz allein vom Auftrag herrührte, sondern der Legat auch manches, was nicht zur Jurisdiction im eigentlichen Verstande, sondern zur Legis actio gehörte, vermöge eigenen Rechts thun konnte, wenn gleich die Ausübung dieses Rechts von der Bevollmächtigung abhieng. Hierauf beziehen sich die Worte des Pomponius [70]) *lib. X. ad Quintum Mucium:* Legati Proconsulis nihil proprium habent, nisi a Proconsule eis mandata fuerit iurisdictio, welche von den Rechts-

67) de officio et potestate Magistratuum Romanor. ad L. 6. D. de officio Procons. pag. 298.

68) in cit. Dissertat. ad fragmenta, quae ex Venuleji Saturnini libris de officio Procons. supersunt. Cap. III. §. 4. in OELRICHS Thes. alleg. pag. 503. sqq.

69) *L. 6. §. 1. D. de offic. Procons.*

70) *L. 13. D. de offic. Proc.*

gelehrten verschiedentlich erklärt werden [71]. Weil nun also der Legat auch dasjenige, wozu ihn das Gesetz selbst authorisirte, nnd was ihm folglich suo iure zustand, dennoch anders nicht ausüben konnte, als wenn ihm zugleich die Jurisdiction vom Proconsul war mandirt worden, so mußte nothwendig diese Ausübungsbefugniß mit

71) Cujaz Observat. Lib. VII. c. 21. hat diese Stelle so verstehen wollen, als ob der Legat die ihm aufgetragene Jurisdiction suo iure und in eigenem Namen ausgeübt habe. Allein diese irrige Meinung haben schon LEONINUS Emendat. Lib. II. c. 19. BYNKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. VI. cap. 23. und CAMPIANI de officio et potestate Magistrat. Rom. pag. 296. sqq. widerlegt. Sie selbst aber verstehen den Pomponius folgendermassen; der Legat habe sich blos darum, weil er dem Proconsul vom Senate oder dem Kaiser selbst war beygegeben worden, noch nicht die Ausübung der Proconsularischen Jurisdiction anmassen dürfen, sondern habe erst den Auftrag des Proconsuls erwarten müssen. Diese Erklärung hat auch vorzüglich FOPPIUS *ab* AEZEMA in Dissertat. ex iure civili Lib. 2. cap. 2. *Tom. VI. Thes. Meermann. pag.* 822. zu vertheidigen gesucht. Allein schon *Franc.* HOTTOMANNUS Observat. Lib. III. cap. 4. und PERENONIUS Animadvers. lib. I. c. 26. haben richtig eingesehen, daß die Worte des Pomponius darauf gehen, was ein legatus Proconsulis, ausser der ihm aufgetragenen Jurisdiction, *suo iure* und in eigenem Namen thun konnte. Denn dieß wird eigentlich in der Lehre von der Gerichtsbarkeit *proprium* genennt. Es ist daher allerdings richtiger und dem Sinne des Pomponius angemessener, wenn wir ihn so verstehen, daß der Legatus Proconsulis dasjenige, so ihm aus eigenem Rechte gebührte, anders nicht habe ausüben können, als wenn ihm der Proconsul die Jurisdiction übertragen hatte. S. VINNIUS de iurisdictione Cap. VIII. §. 2. NOODT de iurisdict. et imperio Lib. II. c. I. OOSTERDYK in Diss. ad fragmenta Venuleji Saturnini de offic. Proc. Cap. III. §. I. pag. 491. sq. und vorzüglich *Marc.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. IV. Eclog. 15. pag. 440. sqq.

mit aufhören, sobald der Proconsul seinen Auftrag zurücknahm. Damit es nun aber nicht in der blosen Willkühr des Proconsuls stehen möchte, dem Legaten auch die Befugniß desjenigen zu entziehen, was er doch nicht dem Auftrage des Proconsuls, sondern der Gnade des Kaisers zu verdanken hatte, so durfte der Wiederruf nicht ohne des letztern Vorwissen und Genehmigung geschehen. Der Grund, den van Bynkershök [72]) von der Würde eines Legati Proconsulis hernimmt, ist von keinem sonderlichen Gewicht. Denn die Revocation des Auftrags war an sich keine Beleidigung, indem auch vornehmere Obrigkeiten, denen die Verwaltung der Jurisdiction von einem römischen Magistrat war übertragen worden, sich dieselbe gefallen lassen mußten [73]).

Das heutige Recht weicht in dieser Lehre von dem römischen in verschiedener Hinsicht sehr ab. Denn so kann heutiges Tages nicht nur dasjenige, was zur iurisdictio voluntaria gehört, sondern auch sogar die ganze peinliche Gerichtsbarkeit andern zur Verwaltung aufgetragen werden [74]). Nur erfordert die peinliche Gerichtsordnung Carls V. [75]), daß dem Auftragenden die peinliche Gerichtsbarkeit seiner Güter wegen, mithin erb, und eigenthümlich, zustehe, und der Gerichtsherr die Fähigkeit, sie selbst zu verwalten, nicht habe, auch daß

72) Obsevat. I. R. lib. VI. c. 23.

73) SUETONIUS in Caesar. cap. 7. und CAPITOLIN. in Marco cap. 12.

74) STRYK in Us. Mod. Pandectar. Tit. de officio eius, cui mand. est iurisd. §. 5. und *Mich. Godofr.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. Lib. II. Tit. I. §. 12.

75) Art. 2.

zur Verwaltung derselben ein tüchtiges Subject mit Vorwissen des Oberrichters bestellet werde. Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrten versichern, daß heutiges Tages auf diese gesetzlichen Einschränkungen nicht mehr durchaus gesehen werde, sondern dem Gerichtsherrn schlechterdings und auch ohne Vorwissen seines Oberrichters erlaubt sey, zur Verwaltung der peinlichen Gerichtsbarkeit einen Gerichtshalter zu bestellen, wenn er nur bey der Wahl desselben die nöthige Vorsicht beobachte [76]), allein da diese vorgegebene Observanz einer klaren gesetzlichen Vorschrift zuwider, und überdem noch unerwiesen ist, so dürfte wohl jene Meinung noch grossem Zweifel unterworfen seyn. Es ist nun übrigens bey der Frage, wie weit es einer Gerichtsobrigkeit heutiges Tages erlaubt sey, die ihr zustehende Jurisdiction von andern in ihrem Namen ausüben zu lassen, ein Unterschied zwischen der patrimonial und administratorischen Gerichtsbarkeit zu machen. Da die erstere, als eine Zubehörung des Gutes, an welchem sie klebt, meist solchen Besitzern zusteht, die weder Zeit noch Fähigkeit haben, sie selbst zu verwalten, so kann dieselbe sowohl überhaupt als auf gewisse Fälle andern zur Verwaltung aufgetragen werden [77]). Diejenigen, welche von solchen Gerichtsherren zur Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit überhaupt bestellet

76) STRYK cit. loc. BRUNNEMANN in proceff. inquiſit. Cap. III. n 51. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER in Meditat. ad Conſt. Crim Carol. Art. II. §. 1. pag. 27. Quiſtorp Grundſätze des T. peinlichen Rechts II. Th. 9. Abſchn. §. 564. HANNESEN in Diſſ. de iurisdictione §. 28. u. a. m.

77) *Gothofr.* BARTH Diſſ. de iurisdictione, quam illuſtres et nobiles per officiales exercere ſolent. *Lipſiae* 1698. *Chriſt.* SPECHT de praefectis nobilium iudiciis. Vitemb. 1737.

stellet werden, heissen Gerichtshalter oder Justiziarien [78]). Sie werden gewöhnlich nach einer öffentlichen Prüfung ihrer Rechtskenntnisse, auf die Justizpflege beeidiget, und auf diese Weise zugleich als öffentliche Bedienten bestätiget [79]). Ein Gerichtsherr, der ohne obrigkeitliche Prüfung und Bestätigung einen Gerichtshalter für sich allein bestellt, setzt sich nicht nur, in so ferne seine Wahl auf ein untüchtiges Subject gefallen ist, der Verantwortung aus, sondern muß auch für dasjenige, was von seinem Justiziarius geschehen, haften, und dessen Handlungen vertreten [80]). Mit der persönlichen oder Amtsgerichtsbarkeit verhält es sich anders. Denn da diese nur solchen Personen vom Staat verliehen wird, welche die Fähigkeiten und Eigenschaften eines Richters haben, so ist es solchen Richtern in der Regel nicht erlaubt, die Verwaltung ihrer Gerichtsbarkeit einem andern zu übertragen, ausser in Ansehung einzelner dazu gehöriger Geschäfte, und überdem muß hierzu, wo möglich, kein andrer, als eine Person desselben Gerichts, genommen werden [81]). Eine solche Person,

78) Rettelbladts Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit I. Th. 2. Abschn. 3. Tit. S. 41. sq.

79) ENGELBRECHT Observat. 34. *de* SELCHOW Element. iuris german. privati hodierni §. 291. Lobethans Lehre von der Gerichtsbarkeit I. Th. 2. Abschn. §. 7. Hr. Hofr. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts IV. Buch 2. Hauptst. §. 706.

80) GREEN Progr. de obligatione domini iurisdictionis ad praestanda facta actuarii. BARTH am angef. Orte §. 9. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 376.

81) *de* BOEHMER in Meditat. ad Art. I. Const. Crim. Carol. §. I. init. HANNESEN de iurisdictione §. XXIX. BERGER in

welcher von dem eigentlichen Richter ein Geschäft aufgetragen wird, so zu seiner Gerichtsbarkeit gehört, wird ein Gerichtsdeputirter genennt [82]). Von diesen müssen die Justizcommissarien oder delegirten Richter, von denen oben (§. 197.) gehandelt worden ist, wohl unterschieden werden [83]). Denn diese werden von dem unmittelbar bestellt, welcher die Justizhoheit hat, und üben in der ihnen aufgetragenen Civiljustizsache eine iurisdictionem propriam aus. Ihre Gerichtsbarkeit ist also mit der Jurisdiction des committirenden Oberherrn nicht ein und eben dieselbe, sondern der letztern subordinirt, welches im Falle einer gegen das Urtheil des Commissarius etwa einzuwendenden Appellation eine Sache von Wichtigkeit ist. Dahingegen ist die Jurisdiction, welche der Gerichtshalter verwaltet, mit der Gerichtsbarkeit des Gerichtsherrn eben dieselbe, daher von jenem an diesen kein Recurs statt findet, sondern an desselben Oberrichter appellirt werden muß [84]). Ob und in wie fern ein commissarischer Richter die Befugniß, einen andern zu substituiren habe? ist eine Frage, welche von den Rechtsgelehrten nicht auf einerley Art entschieden wird. Die verschiedenen Meinungen der ältern Rechtsgelehrten prüft Rurger Rulant [85]). Unter den neuern

in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. III. Th. I. Not. 9. Lobethan a. O. §. 7. S. 25.

82) Rettelbladt in der angef. Anleitung §. 71.

83) *Volkard* MEYER Diss. de iurisdictione delegata eiusque a mandata differentiis. *Marburgi* 1783.

84) *de* COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 13.

85) in Tract. de Commissariis P. I. lib. III. cap. 5. pag. 135.

neuern behauptet Leyser [86]), daß einem landesherrlichen Commissarius die Freyheit zu subdelegiren ohne Einschränkung zustehe, und glaubt, daß nicht nur das römische, sondern auch das canonische Recht seine Meinung begünstige [87]). Allein die Vorschriften des römischen Rechts lassen sich wegen der veränderten heutigen Gerichtsverfassung auf unsere Commissarien nicht anwenden. Eben so wenig auch die angeführte Verordnung des canonischen Rechts. Denn diese beziehet sich blos auf die delegatos papales, denen ihrer geistlichen Dignität wegen die Subdelegation gestattet ist [88]), welcher Grund bey andern Commissarien aber nicht statt findet [89]). Es ist daher heut zu Tage vielmehr als die Regel festzusetzen, daß der commissarische Richter die Befugniß, einen andern zu substituiren, nicht habe, ausser wenn beyde Partheyen in die Subdelegation willigen, oder der committirende Oberherr dem Commissarius diese Gewalt ausdrücklich ertheilet hat [90]). Denn dies bringt

86) in Meditat. ad Pandect. Specim. XXVIII. med. 1.

87) *L.* 5. *Cod. de Iudiciis*, *L. un. Cod. Qui pro ſua iurisdict. cap.* 27. *pr. X. de offic. et poteſt. iudic. deleg.*

88) *Cap.* II. *pr. de Reſcript. in 6to.* Conf. *Franc.* FLORENS in Operib. iurid. Tom. II. pag. 198. ſqq.

89) Man vergleiche *Io. Ge.* ENGELHARDT Diſſ. de commiſſionibus. (*Bambergae* 1774.) §. 46. *Mich. God.* WERNHERI lectiſſ. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 16. pag. 75. und *Io. Ern. Iuſt.* MÜLLER in Obſervat. practic. ad Leyſeri Meditat. ad Digeſta Tom. I. Faſc. II. Obſ. 122.

90) Hiermit ſtimmen überein *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Iur. Eccl. Proteſtant. T. I. lib. I. Tit. XXIX. §. 14. u. 15. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VII. §. 247. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl.

die Natur eines solchen Auftrags mit sich, in so ferne auf den besondern Fleiß und Geschicklichkeit des Commissarius Rücksicht genommen ist [91]). Zuweilen versteht sich jedoch die Befugniß zu subdelegiren von selbst, nämlich 1) wenn der Commissarius zu den erlauchten Personen gehört, es ist z. B. einem Reichsstande vom Kaiser eine Justitzsache committiret worden; 2) wenn einem ganzen aus mehreren Personen bestehenden Gerichte, oder einer andern moralischen Person ein solches Geschäft aufgetragen ist, welches nicht wohl anders als von einer einzelnen Person, oder von subdelegirten einzelnen Mitgliedern ausgerichtet werden kann, z. E. eine Besichtigung, ein Zeugenverhör u. dgl. und 3) wenn die Commission einem solchen ertheilt worden ist, der eine erb- und eigenthümliche Gerichtsbarkeit hat, und sie nicht selbst verwaltet. Man behauptet jedoch, daß wenn der Commissarius nicht zur ganzen Sache, sondern nur zu einem dabey vorkommenden einzelnen Geschäfft bestellet worden ist, und dieses eben keine besondere Geschicklichkeit und Rechtskenntniß erfordert, die Subdelegation dem Commissarius erlaubt sey, wenn er selbst an der Ausrichtung desselben verhindert wird [92]). Zuletzt ist noch kürzlich zu zeigen übrig, wie sich die IURISDICTIO DELEGATA und MANDATA nach heutigen Rechten endige? Erstere hört auf 1) durch den Wiederruf des Auftrags, welcher zwar dem com-

gerl. Proceß. I. Th. §. 61. HANNESEN in Diss. de iurisdictione §. 33. EMMINGHAUS in Notis ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Quaest. XIII. not. t. u. a. m.

91) *Cap.* 42. *de Offic. et potest. iudic. deleg. in* 6to. *cap.* 43. *pr. et §.* 1. X. *ibid.*

92) S. BOEHMER in I. E. P. a. a. O. §. 15. und MÜLLER in cit. Observat. pract. ad LEYSERUM cit. loc. pag. 26.

committirenden Oberherrn schlechthin, dem subdelegirenden Commissar aber nicht anders zusteht, als wenn er sich die Revocation vorbehalten hat, oder doch wenigstens die Sache noch in integro ist [93]). Der Widerruf kann zuweilen auch stillschweigend geschehen, wenn der Obere dieselbige Commission einem andern aufträgt [94]). 2) Wenn der Commissarius aus erheblichen Ursachen die Commission niederlegt; oder derselbe 3) für verdächtig erkannt worden [95]), oder 4) mit Tode abgegangen ist, es sey denn, daß eigentlich einem Amte der Auftrag geschehen, in welchem Falle der Nachfolger in demselben die Commission behält [96]). Die Commission endiget sich 5) durch den Tod des Committenten, in so ferne derselbe erfolgt, ehe noch der Commissarius sich der Sache unterzogen hat [97]). Was hiernächst die IURISDICTIO MANDATA anbetrift, so hat zwar die Regel, daß dieselbe auf eben die Art, wie eine jede andere Bevollmächtigung, aufhöre, überhaupt auch heutiges Tages ihre Richtigkeit, jedoch ist sie in Ansehung der Justiziarien nicht ohne Ausnahme. Denn so hebt der Tod des Gerichtsherrn die Vollmacht seines Gerichtshalters nach der Meinung der heutigen Rechtsgelehrten nicht schlechterdings auf, sondern dieser setzt die Gerichtsverwaltung gültig fort, bis die Erben seines verstorbenen Principals eine Aenderung vorzunehmen für gut finden

93) *Cap. 6. et 7. de offic. et potest. iud. del. in 6to.*

94) *Cap. 28. §. 2. X. eod.*

95) Hofmanns teutsche Reichspraxis 2. Th. §. 1212.

96) *Cap. 14. X. de offic. et potest. iud. deleg.*

97) *Cap. 19. 20. 30. X. eod. Cap. 6. eodem in 6to.*

finden [98]). Schon das römische Recht macht bey erfolgtem Tode desjenigen, der die Jurisdiction mandirt hat, die Ausnahme, nisi res ab eo, cui mandata est iurisdictio, geri coeperit, solvi mandatum LABEO ait [99]); wovon der wahre Grund unstreitig in der eigenen Natur der römischen Litiscontestation zu suchen ist [100]). Denn diese hatte die besondere Wirkung, daß der angefangene Rechtsstreit bey dem Richter, auf welchen die Partheyen durch die Litiscontestation einmal compromittiret hatten, nach der Regel des **Marcellus** [1]): ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet, geendigt werden muste, und daher die Person dieses Richters nicht mehr geändert werden konnte [2]). Allein da das römische Recht doch immer nur eine persönliche Gerichtsbarkeit voraussetzt, mithin die durch die Litiscontestation bewirkte Perpetuirung derselben in der Person des Mandatarius sich lediglich auf die Rechtssache einschränkt, in welcher es bey Lebzeiten des Mandanten unter den Partheyen schon zur Litiscontestation gekommen war [3]); so giebt uns nun die Natur der patrimonial Ge-

98) HOMMEL in Rhapsod. quaestionum forens. Vol. I. Obs. 61. n. 1. ZOLLER Observat. singular. ad Pandectar. lib. I. Tit. VIII. et libr. II. Tit. I. Obs. 2.

99) *L.* 6. *D. de Iurisdict.*

100) *L.* 16. *D. de Procurator.*

1) *L.* 30. *D. de iudiciis.*

2) *L.* 12. *Cod. de iudic. Nov. LIII. cap.* 3. S. *Car. God.* WINCKLER Diss. de discrimine inter litis contestationem iure vet. ac hod. (*Lipsiae* 1751.) Sect. II. §. 6.

3) Daher geben verschiedene Rechtsgelehrten die Regel: *In causis pendentibus recte procedit mandatarius, nec novo mandato,*

Gerichtsbarkeit ein bündigeres Argument zur Unterstützung jener Meinung. Denn da diese, als eine Realjurisdiction, mit dem Tode des letztern Gutsbesitzers nicht aufhört, sondern mit dem Eigenthume des Gutes, dem sie beygelegt ist, auf jeden folgenden Besitzer übergeht, so endiget sich auch die davon abhangende iurisdictio mandata mit dem Tode des Gerichtsherrn nicht von selbst, sondern der einmal bestellte Gerichtshalter continuirt sie ohne Bedenken. Denn die Regel: accessorium sequitur naturam principalis findet auch hier ihre Anwendung. Daher erkannte die Leipziger Juristenfacultät beym Hommel [4]) ganz richtig, daß ein dem Gerichtshalter nach dem Tode seines Gerichsherrn übergebenes Testament für rechtsbeständig zu halten sey. Ob dem Gerichtsherrn der Wiederruf des Auftrags schlechthin freystehe, ist streitig. Leyser [5]) behauptet, daß derjenige, der die Verwaltung seiner Gerichtsbarkeit einem andern aufgetragen, diesen Auftrag zu aller Zeit, auch ohne alle rechtmässige Ursache, zurücknehmen könne. Allein diese Meinung läßt sich wenigstens in Ansehung der Gerichtshalter nicht ganz rechtfertigen. Der Wiederruf eines Auftrags hängt zwar der Regel nach von der Willkühr des Gewaltgebers ab, weil gewöhnlich an dessen Vollziehung niemand, als dem Gewaltgeber selbst, gelegen

dato, ab heredibus mandantis exspectato, indiget; und behaupten, daß heutzutage die iurisdictio mandata schon durch die bloße Citation perpetuirt werde, jedoch nur in ea litis specie, in welcher der Mandatarius die Ladung erlassen hat. S. HANNESEN in Diss. de iurisdictione §. 31. STRUV in Evolution. controversiar. Lib. I. Tit. XI. Thes. XLIII. Qu. 3.

4) am angef. Orte Vol. I. pag. 79.

5) in Meditat. ad Pandect. Specim. XXVII. Coroll. 3.

legen ist [6]); allein dieser Grund passet nicht auf einen öffentlich angestellten und verpflichteten Gerichtshalter. Denn hier schlägt die Aufhebung des Auftrags viel zu sehr, theils in das gemeine Wohl, theils in die Rechte der streitenden Partheyen, deren Sachen vor ihm rechtshängig worden sind [7]), theils in das eigene Interesse des Justitiarius ein, welcher durch eine solche Aufkündigung ausser Thätigkeit und Brodt gesetzt wird, als daß man mit Leyser den Wiederruf schlechthin der Willkühr des Gerichtsherrn überlassen dürfe. Ich bin daher vielmehr mit Hannesen [8]) der Meinung, daß wenn dem Bestallungscontracte des Gerichtshalters nicht die Clausel der vorbehaltenen Loßkündigung beygefügt worden ist, der Gerichtshalter nicht anders, als aus einer erheblichen Ursache seines Dienstes entsetzt werden könne. Es treten hier die nämlichen Gründe ein, die von der Dienstentlassung landesherrlicher Beamten gelten [9]). Daß übri-

6) §. 9. I. *de mandato.* L. 12. §. 16. L. 15. D. *mandati.* L. 3. Cod. *ibidem.*

7) COCCEII in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 12. behauptet daher, daß nach erfolgter Einlassung auf die Klage kein Wiederruf der aufgetragenen Gerichtsbarkeit statt finde. Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauche kann auch schon durch Behändigung der Ladung eine Sache vor dem Richter rechtshängig werden. Die Praxis nimmt hierin die Grundsätze des canonischen Rechts an. *Cap. pen. X. de foro comp.* Siehe WINCKLER in der angef. Dissertat. de discrim. litis contestat. iure vet. et hod. Sect. III. §. 5. und EMMINGHAUS in Notis ad Cocceji ius civ. controv. cit. loc. not. s.

8) cit. Dissertat. §. XXXI.

9) S. Kleins Annalen der Gesetzgeb. und Rechtsgelehrs. in den Preuss. Staaten. I. Band Nr. LXVI. S. 299. folgg. *Sebast.* MALACORD Diss. de publicis officiis absque iusta causa eius-

übrigens durch den Tod des Gerichtsverwalters die demselben aufgetragene Jurisdiction aufhöre, versteht sich von selbst, da es hier auf ein persönliches Zutrauen ankommt.

§. 209.

Ueber das Edictum de albo corrupto und desselben heutigen Gebrauch.

Eine römische Magistratsperson pflegte die bey Verwaltung ihrer Jurisdiction zu befolgenden Rechtssätze durch Anschlag oder Ausstellung bekannt zu machen. Diese Bekanntmachung geschahe ehemals auf hölzernen Tafeln (in albo [10]); in den neuern Zeiten aber auch auf einer andern Materie. Wer einen solchen öffentlichen Anschlag der Obrigkeit beschädigte oder wegnahm, wurde mit einer Geldsumme von 500 aureis bestraft, die jeder Römer einfordern konnte, der den Thäter bey der

eiusque legali cognitione non auferendis. *Goettingae* 1788. und Versuch über die Frage: ob ein Herr seinen verpflichteten Beamten ohne Ursache seiner Dienste entsetzen oder entlassen könne? Regensburg 1791. 8.

10) Woher der Name ALBUM entstanden sey, untersucht *Io. Dan.* RITTER in praefat. Tomi IV. Codicis Theodos. Sonderbar ist die Muthmassung des HEINECCIUS in Opusc. postum. de historia Edictorum Lib. I. Cap. II. §. 6. daß der Prätor seine Edicte an die Wände seines Tribunals mit schwarzen Buchstaben geschrieben habe. Allein schon *Io.* CORASIUS in Miscellan. iuris civ. Lib. IV. cap. 6. hat gegen diese Meinung, die auch Accursius behauptete, gründlich erinnert, daß nach *L.* 7. §. 5. *D. de iurisdict.* auch derjenige mit gleicher Strafe zu belegen sey, *qui tollit, quamvis non corruperit.* Dies läßt sich nun zwar wohl von einer hölzernen Tafel, aber nicht von einer Mauer oder Wand annehmen.

der Obrigkeit anzeigte [11]). Heineccius berechnet die Strafe nach unserm Gelde auf 2625 Reichsthaler, eine Strafe, die ziemlich unverhältnißmässig zu seyn scheint, wenn man nicht dabey die Majestät einer römischen Magistratsperson, und überhaupt den grossen Reichthum der Römer in Anschlag bringt. Es ist daher nicht nöthig, mit Duaren [12]) quinquaginta aureorum zu lesen, da, wie Cujaz [13]) schon bemerkt hat, mit der gemeinen Lesart: *quingentorum aureorum* die Florentinische und die Basilica übereinstimmen. Gegen mehrere Theilnehmer dieser Frevelthat hatte die actio de albo corrupto *in solidum* statt [14]). Ein jeder muste die ganze Strafe bezahlen, denn jeder hatte die Majestät des Prätors beleidiget, mithin konnte die Bezahlung des einen die übrigen nicht befreyen [15]). Verschiedene Rechtsgelehrten nehmen noch heutiges Tages eine *actionem de albo corrupto utilem* an, welche auf eine willkührliche Bestrafung ge-

11) *L. 7. D. de iurisdict.* Si quis id, quod iurisdictionis petuae causa, non quod, prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est. Einen schönen Commentar über dieses römische Edict findet man in HEINECCII Opuscul. postum. Tom. II. pag. 322.

12) Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 48.

13) Observat. iur. Rom. lib. X. cap. 10.

14) *L. 7. §. fin. D. h. t.* COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 27. behauptet, diese Geldstrafe sey zwischen dem Kläger und dem Fiscus getheilt worden; allein diese irrige Meinung hat schon *Reinh.* RACHOVIUS ECHT in Notis et Animadvers. ad Treutlerum Disput. IV. Thes. IX. lit. B. widerlegt.

15) *L. 8. u. 9. D. h. t.* COCCEJI cit. loc. Quaest. 26. *Barthol.* CHESIUS Differentiar. iuris lib. I. cap. 79. et 80.

gehen soll [16]); allein vergeblich. Denn wer heut zu Tage an obrigkeitlichen Anschlägen sich vergeht, wird willkührlich mit Gelde oder Gefängniß bestraft. Es wird auch deshalb keine besondere Klage wider den Thäter angestellt, sondern wer diesen weiß, zeigt ihn der Obrigkeit an, und überläßt das übrige ihrer weitern Verfügung [17]). Ja sie kann und muß die Sache von Amts wegen untersuchen, wenn gleich deshalb keine Anzeige geschieht. Die dem Thäter aufgelegte Geldstrafe wird heutiges Tages nie dem Denuncianten zu Theil [18]), sondern gehört der Obrigkeit, als ein Vortheil ihrer Jurisdiction.

16) SCHILTER in praxi Iur. Rom. Exerc. VI. Th. 24. STRYK in Us. Mod. Pandectar. h. t. §. fin. COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 28.

17) Hierin stimmen überein *Christ.* THOMASIUS in Diss. de usu actionum poenalium Iuris Rom. in foris German. Cap. III. §. 3 — 5. *I. H.* BOEHMER in doctrina de actionibus Sect. II. Cap. XI. §. 32. sq. *Io. Mich.* WERNHER Commentat. lectiss. ad Pandect. h. t. §. 35. p. 90. und EMMINGHAUS in Notis ad COCCEJI Ius Civ. Controv. cit. Quaest. not. t. Tom. I. pag. 187.

18) BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 4. Th. 4. not. ult.

Lib. II. Tit. II.

Quod quisque iuris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem iure utatur.

§. 210.

Erläuterung dieſes Edicts. Urſprung und Veranlaſſung deſſelben.

Es iſt ſchon bey anderer Gelegenheit bemerkt worden, daß eine römiſche Magiſtratsperſon die Gewalt gehabt habe, neue Rechtsſätze durch ihre Edicte einzuführen, nämlich ſolche, die eine vernunftmäſige Anwendung der Geſetze nothwendig machte. Marcian [19]) nennt in dieſer Rückſicht das ius honorarium mit Recht die lebendige Stimme des bürgerlichen Rechts oder den Geiſt der Geſetze. Wenn jedoch eine obrigkeitliche Perſon aus Partheylichkeit von ihrem ordentlichen Edicte abwich, und einen neuen unbilligen Rechtsſatz (novum ius [20]) behauptete, ſo mußte ſie ſolchen zur Strafe auch gegen

19) *L.* 8. *D. de Iuſt. et Iure.*

20) *L.* 3. *pr. D. h. t.* In eben dem Verſtande nennt TACITUS *Annal. lib. II. c.* 30. den K. Tiberius einen novi iuris repertorem. Warum man ein unbilliges Recht IUS NOVUM genennt habe, erklärt DUARENUS Diſputat. anniverſar. lib I. cap. 49. folgendermaſſen: *Novum autem ius ideo iniquum habetur, quia id ius, quod vetuſtas comprobavit, certum eſt fere non minus, quam lex aliqua. In quo iure maximam partem eorum verſari, quae praetores edicere conſueverunt, auctor eſt* CICERO *lib.* 2. *de inventione.* Allein NOVUM hieß dieſes unbillige Recht wohl nur darum, weil es von derjenigen Regel abwich, die ein Magiſtratus beym Antritt ſeines Amtes durch öffentlichen Anſchlag bekannt machte.

gegen ſich als anwendbar erkennen. Dieß iſt der eine Theil der Verordnung: Quod quisque iuris in alterum ſtatuerit. Aus einer Stelle des Cicero [21]) läßt ſich nicht undeutlich ſchließen, daß dieſes Edict ſchon zur Zeit der freyen Republic [22]) gegolten, und vielleicht mit dem bekannten Corneliſchen Geſetz vom Jahr 686. *ut Praetores ex edictis ſuis perpetuis ius dicerent*, einerley Veranlaſſung gehabt habe [23]). Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo beweißt doch wenigſtens die Aufnahme dieſes und des vorigen Edicts in das Edictum perpetuum, aus welchem beyde in unſere Pandecten übergegangen ſind, daß die Prätoren und übrige Magiſtratsperſonen das Recht, neue Edicte zu machen, durch das edictum perpetuum

21) *in Epiſt. ad Quintum Fratr.* Lib. I. ep. 1.

22) S. *Car. Gottl.* KNORRE in Progr. de edicti praetorii, quod quisque iuris in alterum ſtatuerit etc. origine atque uſu apud veteres. *Halae* 1736. *Dan. Frid.* HOHEISEL Diſſ. de edicti praetorii, quod quisque iuris in alterum etc. iniquitate et non uſu. *Halae* 1724. §. 19. *Quirin. Gottfr.* SCHACHER Epiſtol. ad *Iac. Henr.* BORNIUM de aequitate edicti, quod quisque iuris etc. *Lipſiae* 1739. 4. *Io. Ortw.* WESTENBERG in princip. iuris ſec. ord. Digeſtor. h. t. §. 1. und HEINECCIUS in Opuſcul. poſtum. de hiſtor. edictor. T. II. pag. 328. Anderer Meinung iſt jedoch *Io. Aug.* BACH in Hiſtor. iurispr. Rom. Lib. II. cap. 2. Sect. 3. §. 7.

23) Die ſehr partheyiſche Juſtizverwaltung einiger Prätoren, z. B. eines Verres, deſſen Ungerechtigkeiten Ciceros Reden gegen ihn beurkunden, haben unſtreitig zu jenen Verfügungen den Hauptbeweggrund gegeben. In Ciceros Klagen ſtimmt auch DIO CASSIUS lib. XXXVI. *hiſtor. Rom.* ein. Man vergleiche *Ez.* SPANHEMII Orbis Rom. Exercit II. cap. 8. und *Io. Gottl.* HEINECCII Opuſc. poſtum. de hiſtor. Edictor. Lib. II. Cap. I. §. 5. u. folgg.

keinesweges verlohren hatten [24]). Das Edict bestrafte jedoch nicht bloß die vorsetzliche Partheylichkeit der obrigkeitlichen Person, (dolum ius dicentis) welche den unbilligen Rechtsspruch gegeben, sondern auch die Parthey selbst, die denselben ausgewirkt hatte. Denn auch diese muste ihn gegen sich selbst, als Recht, gelten lassen. Jedoch hatte diese Strafe anders nicht statt, als wenn der Gegentheil des magistratus, falls dieser etwa künftig, nach niedergelegtem Amte, von irgend jemand in einer ähnlichen Sache belangt wurde, oder der Gegentheil der Parthey, die das unbillige Recht von jener Obrigkeit erhalten, er sey, wer er wolle, auf der Anwendung derselben bestand [25]). Außerdem blieb das Edict ohne Wirkung [26]). Daß die, Strafe, wie Ulpian lehrt [27]), auf die Erben gehet, und auch diesen die Klage abgesprochen werden kann, welche ihr Erblasser nach dem Rechte der

Wie-

24) Ganz überzeugend hat dieses *Herm.* NOORDKERK in Observation. decade (*Amstelod.* 1731. 8.) Cap. VIII. pag. 160. sqq. dargethan.

25) Die Worte des Edicts, so wie sie ULPIANUS *lib.* 3. *ad Edictum*, woraus *L.* 1. *h. t.* entlehnt ist, aufbehalten hat, lauten folgendermassen: Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit: ipse, quandoque adversario postulante, eodem iure uti debet. Si quis apud eum, qui magistratum potestatemque habebit, aliquid novi iuris obtinuerit: quandoque postea adversario eius postulante, eodem iure adversus eum decernetur. Einen Commentar hierüber liefern *Ger.* NOODT ad Dig. h. t. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digest. h. t. und HEINECCIUS in Opusc. postum. p. 326.

26) NOODT a. a. O. Oper. Tom. II. pag. 51.

27) *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* Ueber diese Stelle sind *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis prim. Dig. h. t. §. 6. zu vergleichen.

Wiedervergeltung verlohren hat, ist nichts besonderes, da hier von keiner Pönalklage die Rede ist, und der Erbe überhaupt die Handlungen seines Erblassers, mit welchem er für eine Person gehalten wird, zu vertreten hat. Allein merkwürdiger ist es, wenn eben dieser Rechtsgelehrte sagt, daß auch sogar der Bürge auf Verlangen des Gläubigers, von welchem er belangt worden ist, seiner bestens gegründeten Einrede verlustig erkannt werden könne, wenn der Hauptschuldner die Strafe des Edicts verwirkt hat, weil er gegen seinen Schuldner das unbillige Recht erhielt, daß desselben rechtmäßige Exception verworffen worden, wenn gleich der Bürge bey dem gänzlichen Unvermögen des Schuldners keine Entschädigung von diesem zu erwarten hätte [28]).

§. 211.

Heutiger Gebrauch dieses Edicts.

Ob dieses Edict noch heutiges Tages anwendbar sey, ist eine Frage, die von einigen Rechtsgelehrten bejahet [29]), von den meisten aber verneinet wird [30]). Der erstern Meinung tritt auch Hellfeld bey. Allein wenn gleich überhaupt nicht geläugnet werden kann, daß der

28) *L.* 3. §. 3. *D. eod.* Conf. *Henr.* HAHN in Observat. theor. pract. ad WESENBECII Comm. in Digesta h. t. N. II. ad verb. *pro quo spopondisti.*

29) Z. B. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXX. med 3. COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 2. STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 1. 2. u. a. m.

30) *Ge.* BEYER in posit. ad Pand. h. t. *Gottl. Ger.* TITIUS ad Lauterbachium obs. 41. *Christ.* THOMASIUS in Not. ad Pandect. h. t. *Mich. God.* WERNHER in Comment. ad Pandect. h. t. §. 1. u. a. m.

Grund der Billigkeit, dasjenige, was man gegen einen andern für Recht erkannt hat, auch gegen sich selbst als Recht gelten zu lassen, noch heutiges Tages statt findet; so ist doch eines Theils keine vollkommene Rechtsanalogie zwischen einem römischen magistratus, qui novum ius statuit, und einem heutigen Richter, der aus Gunst oder Feindschaft vorsätzlich ungerecht verfährt, vorhanden, andern Theils aber ist es auch nicht nöthig, zu einem Rechtsmittel der Billigkeit seine Zuflucht zu nehmen, wo die bürgerlichen Gesetze schon andere wirksamere Rechtsmittel geben. Dahin gehören die actio in factum adversus iudicem, qui litem suam facit, oder actio male iudicati, oder actio ex syndicatu, von denen ich lib. L. Tit. XIII. handeln werde. Die durch das ungerechte Urtheil des Richters beschwerte Parthey kann ja auch appelliren; oder ihre Beschwerden über das partheyische Verfahren des Richters bey dem Obern anbringen [31]). Noch weniger Beyfall kann demnach diejenige Meinung verdienen, nach welcher eine actio utilis aus diesem Edict auch sogar gegen einen Rechtsgelehrten statt finden soll, der vorsätzlich einen bösen Rath ertheilt hat [32]). Die *L. 2. D. h. t.* [33]) worauf man sich beruft, giebt keinen hin-

31) Eben so urtheilt Hr. Prof. EMMINGHAUS in Notis ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. w. Tom. I. pag. 190.

32) S. BACHOVIUS in Not. et Animadverf. ad TREUTLERUM Disp. IV. Th. IX. lit. F. ad verb. *in propria causa eo consilio stare.* BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 2. h. t. n. 3. und COCCEJI cit. loc. NOT. wo er sagt: *Utilis quoque actio ex hoc edicto datur contra ICtos, qui, causa rite proposita, dolose consuluerunt.*

33) PAULUS. — Hoc Edicto dolus debet ius dicentis puniri. Nam si Adsessoris imprudentia ius aliter dictum sit, quam opor-

hinreichenden Grund für diese Meinung. Denn nach derselben soll die Obrigkeit außer aller Verantwortung seyn, wenn bloß die Unwissenheit des Beysitzers daran Schuld ist, daß sie nicht nach dem gehörigen Rechte gesprochen hat. Dieses soll, wie Paulus sagt, nicht ihr, sondern bloß dem Beysitzer schaden [34]). Allein von einem Gerichtsbeysitzer läßt sich nicht schlechthin der Schluß auf jeden andern Rechtsconsulenten machen. Gegen diesen hat die actio doli statt, wenn er mir betrügerischer Weise einen üblen Rath ertheilt hat. Ulpian sagt dieses deutlich *lib.* 30. *ad Edictum* [35]): Consilii non fraudulenti nulla obligatio est: caeterum si dolus et calliditas intercessit, *de dolo actio* competit [36]).

oportuit: *non debet hoc Magistratui officere, sed ipsi Adsessori.*

34) *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. h. L. zweifelt überhaupt noch daran, ob die Worte *sed ipsi Adsessori* ächt sind; weil das Edict, so wie es Ulpian *L.* 1. *h. t.* darstellt, nur den magistratum ius iniquum statuentem, und die Parthey, welche darum angesucht hat, straft. Allein an der Aechtheit selbst ist wohl nicht zu zweifeln, wenn man dasjenige lieset, was BACHOVIUS ad Prota Pandectar. h. t. und HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate Lib. I. cap. 8. n. 11. gegen Anton Faber erinnert haben.

35) *L.* 47. *pr. D. de div. reg. iuris.*

36) Mit mir stimmt überein *Ge. Ad.* STRUV in Tract. de vindicta privata Cap. XI. Aphor. VII. n. 6. Siehe auch Joh. Ulr. Cramers Abhandl. vom bösen Rathe. 2te Abhandl. §. 1. u. 2. Hat ein Rechtsconsulent durch seine Unwissenheit geschadet, so kann er actione in factum belangt werden. Conf. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. XVIII. Th. VIII. lit. D. LAUTERBACH Comm. de consiliis eorumque iure. P. II. cap. I. Th. 6.

§. 212.

Unterschied des heutigen Retorsionsrechts von jenem römischen Edicte: *quod quisque iuris* etc. Begriff und wahrer Grund der Retorsion; Unterschied zwischen dieser und den Repressalien.

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche den heutigen Gebrauch des prätorischen Edicts: quod quisque iuris etc. zu vertheidigen suchen, meinen den Grund des heutiges Tages üblichen Retorsionsrechtes in demselben gefunden zu haben. Kein Wunder, wenn daher unter diesem Pandecten Titel eine Lehre erscheint, die vielleicht im Natur- und Völkerrechte einen bessern Platz behaupten würde. Allein wie weit man hierin den wahren Gesichtspunct verfehlt hat, aus welchem die heutige Retorsion der Rechte zu betrachten ist, und auf was für inconsequente Folgerungen man hierdurch gerathen, wird einem jeden in die Augen leuchten, der über den Begriff und wahren Grund der heutigen Rechtserwiederung nur ein wenig nachdenkt, und solche mit jenem prätorischen Edicte vergleicht. So verschieden nun auch die Begriffe sind, die sich die heutigen Rechtsgelehrten vom Retorsionsrechte machen, indem sie bald diese bald jene Bestimmung für wesentlich halten, welche zur Substanz dieses Rechts nicht gehört, so kommen sie doch darin mit einander überein, daß die Retorsion der Rechte dasjenige rechtliche Mittel sey, vermöge dessen das verschiedene und beschwerliche Recht eines gewissen Staats oder Orts wider desselben Bürger und Einwohner in einem andern Staat oder Orte unter öffentlicher Auctorität gleichfalls

Falls angewendet wird [37]). Der wahre Grund derselben ist natürliche Billigkeit; ihr Zweck Erhaltung wechselseitiger Gleichheit unter gleichen Bürgern verschiedener Länder, wenn außerdem Schade für die Bürger unseres Staats daraus entstehen würde. Die bloße Verschiedenheit der Rechte kann daher dieselbe rechtfertigen, und es ist gar nicht nöthig, daß die Gesetze des andern Staats einen Unterschied zwischen Einheimischen und Auswärtigen machen, wofern nicht etwa die besondern Gesetze des retorquirenden Staats als Bedingung voraussetzen, daß in dem Staat, gegen dessen Bürger das Retorsionsrecht ausgeübt werden soll, von den sonst daselbst geltenden Rechten, zum Nachtheil der Fremden, eine unbillige Ausnahme gemacht worden sey [38]). Ich kann daher denjenigen Rechtsgelehrten nicht beypflichten, welche zur Ausübung des Erwiederungsrechts eine unbillige und ungleiche Behandlung der Auswärtigen im Verhältniß zu den Einheimischen für

37) Ausser den von unserm Verfasser in der Not. t. bereits angeführten Schriften, verdienen noch folgende bemerkt zu werden: *Io. Christph.* WEINLAND de retorsione iurium, in Desselben *Otio academico hyemali*; *Francisc.* ALEF Dissert. de legum retorsione, in Desselben *Diebus academicis sive Opusculis* (Heidelbergae 1753. 4.) Diss. VI. *Vincent.* OLDENBURG Dissert. de retorsione iurium, praecipue in causis cambialibus, *Goettingae* 1780. 4. und *Christph. Iac.* SCHMIDMER Specim. inaug. sistens observationes miscellas de retorsione iuris. *Altorfii* 1787. 4.

38) Beyspiele geben *Codex Maximil. Bavariae civilis* P. I. Cap. II. §. 18. und der Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten. I. Th. Einleit. §. 32.

schlechterdings nothwendig halten [39]); genug, wenn die Verschiedenheit der Rechte des andern Staats unsern Bürgern wirklich nachtheilig und beschwerlich ist, oder werden kann [40]). Eben dieses bestätiget auch die Praxis. So z. B. müssen in den hießigen sowohl Bayreuthischen als Anspachischen Landen bey jeder Verlassenschaftstheilung, wo keine Kinder vorhanden, und die Erbschaft an einheimische oder auswärtige Seitenverwandte gelangt, vom Hundert 2 $\frac{1}{2}$ Fl. als Beytragsgelder zur Unterhaltung öffentlicher Stiftungen z. E. zu dem Zuchthause in Schwabach, abgegeben werden [41]). Eben dieses Rechts bedient sich Nürnberg wider Brandenburg-Onolzbachische und Bayreuthische Unterthanen bey den ihnen zufallenden Collateral-Erbschaften [42]). Ferner: an einigen Orten werden die Seitenverwandten, wenn sie mit dem überlebenden Gatten des Erblassers concurriren,

39) Estor in der teutschen Rechtsgelehrs. Th. III. §. 117. HELLFELD in Repertorio iur. germanici v. *Retorsio*; *de* SELCHOW in Elem. iuris germ. privati hod. §. 220. *Car. Christph.* HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 145. et 146. Runde Grundsf. des allgem. T. Privatrechts §. 319.

40) Hierin stimmen überein ALEF cit. Diss. Cap. V. OLDENBURG in cit. Diss. §. 5. SCHMIDMER all. Diss. §. 5. und besonders *Car. Frid.* ELSAESSER in Diss. de iurium statutariorum variantium retorsione, etiam tunc fundata, si actus secundum illa exercitus non praecesserit. *Erlangae* 1775. §. 18.

41) Man vergleiche hier die Abhandlung unter dem Titel: Etwas über den Collateralerben-Beytrag oder Collateral-Anfall in dem Fürstenthum Brandenburg oberhalb Gebirgs, mit einer Vorrede von D. Joh. Ludw. Klüber. Erlangen 1790. 8.

42) Vermöge einer Verordnung des N. Stadtmagistrats vom 17. May 1770. in der vollst. Samml. S. 713.

riren, von diesem gänzlich ausgeschlossen; an vielen andern aber erhalten sie einen gewissen Theil der Erbschaft, wie zu Nürnberg. Man schließt daher von Nürnbergischer Seite auswärtige Seitenverwandte in einem solchen Falle ebenfalls von der Erbschaft retorsionsweise aus, in welchem sie in ihrem Lande von dem überlebenden Gatten ausgeschlossen werden [43]). Noch eins. Zu Eßlingen werden beym Concursproceß nur einjährige Zinsen mit dem Capital in eine Classe locirt, die übrigen folgen erst, nachdem alle übrige Capitalien abgetragen worden sind [44]). Im Würtenbergischen [45]) wird dieses wider Eßlingische Bürger retorquirt, so wie eine andere Eßlingische Verordnung, vermöge welcher die mit hypothecis privatis oder quasi publicis versehenen Gläubiger unter die Chirographarien locirt werden [46]). Die Rechtmäßigkeit der Retorsion in allen diesen Fällen kann um so weniger bezweifelt werden, da der Schade, welcher den Bürgern des retorquirenden Staats aus der Verschiedenheit der Gesetze des andern Staats entstehet, eine Ungleichheit wirkt, die anders nicht, als durch das Mittel der Wiedervergeltung gehoben werden kann. Es kann sich auch der Staat, gegen dessen Bürger retorquirt wird, über keine Unbilligkeit beschweren, weil er ja sich selbst und seine Gesetze der Unbilligkeit beschuldigen würde. Sollte indessen

43) S. die Verordnung des Nürnb. Stadtmagistrats vom 6. Oct. 1763. in der vollst. Sammlung S. 699.

44) *Statut. Eslingens.* de A. 1725. Tit. XII. §. 2. Hinter der Elsässerischen Dissertat. S. 58.

45) *Rescript. Circular.* de 24. Dec. 1773.

46) S. ELSAESSER cit. Dissertat. §. XVIII.

dessen der Nachtheil, der unsern Bürgern aus der Verschiedenheit des Rechts eines andern Staats entsteht, bloß zufällig seyn, und durch den Vortheil, den dieselben auf der andern Seite dabey gewinnen können, wieder ersetzt werden, so ist keine solche Ungleichheit vorhanden, die eine Retorsion rechtfertigen könnte. Z. B. wenn nach den sächsischen Rechten die Töchter aus der mütterlichen Erbschaft die Gerade zum voraus erhalten, so scheint es eine Ungleichheit zu seyn, wenn ihnen an andern Orten, wo das gemeine Recht gilt, diese Befugniß nicht gestattet wird. Denn auf solche Art erhalten Töchter, die in Sachsen wohnen, nach den Gesetzen eines solchen Landes, in welchem die Gerade nicht eingeführt ist, weniger, als auswärtige Töchter aus Sachsen ziehen, wenn sie daselbst ihre Mutter beerben. Allein diese Ungleichheit ist nur scheinbar, sie wird dadurch gehoben, daß Söhne in Sachsen, wenn sie ihre Mutter an einem solchen Orte, wo gemeines Recht gilt, beerben, ihren vollen Erbtheil, ohne Abzug der Gerade, erhalten, dahingegen auswärtige Söhne sich dieselbe von ihrer mütterlichen Erbschaft in Sachsen müssen abziehen lassen. Es ist daher höchst unbillig, wenn wider die Oerter, wo keine Gerade üblich ist, eben dieses Recht retorquirt wird [47]). Aus eben diesem Grunde kann auch das Verfahren nach Wechselrecht in einer Provinz den fremden Gläubigern bloß darum, weil solches in ihrem Lande nicht gesetzlich eingeführt ist, keineswegs abgeschlagen werden, ohne Unbillig-

47) Dennoch ist sogar auch in diesem Falle in den *Constitut. Saxon. P. III. Constit.* 38. die Retorsion befohlen. S. Carl Ferd. Hommels Pertinenz und Erbsonderungsregister. Einleit. §. 53. S. 56.

billigkeit zu begehen [48]). Denn hier ist keine solche Verschiedenheit der Rechte vorhanden, die den Auswärtigen nachtheilig seyn könnte, indem es ja an einem solchen Orte, wo durch die Landesgesetze kein Wechselrecht eingeführt ist, den Partheyen freysteht, sich durch Verträge nach Wechselrecht zu verbinden [49]). Wollte man also gegen auswärtige Gläubiger das Retorsionsrecht gebrauchen, so würde diese Behandlung offenbar härter seyn, als das Verfahren gegen die Unterthanen des retorquirenden Staats in dem Lande derjenigen ist, gegen welche retorquirt wird. Etwas anderes wäre es zwar, wenn die Gesetze eines Landes den Wechselproceß schlechterdings untersagten, so daß auch nicht einmal eine vertragsmässige Verpflichtung statt finden solle. Allein auch selbst in diesem Falle würde die Retorsion nicht rathsam seyn, weil der retorquirende Staat hierdurch den Credit seiner eigenen Unterthanen bey Auswärtigen schwächt, zu dessen Aufrechterhaltung doch hauptsächlich die Wechselverbindlichkeit eingeführt ist [50]). Hieraus wird nun jeder von selbst beurtheilen können, ob sich das heutige Retorsionsrecht aus dem römischen Edict quod quisque iuris etc. ableiten lasse. Ich leugne nicht, daß der Grund der natürlichen Billigkeit bey beyden der nämliche

48) HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 146. not. b.

49) von Selchow Grundsätze des Wechselrechts §. 6. b.

50) S. *Io. Christph.* FRANCK in Mantissa de conflictu iurium cambial. diversor. Tit. V. adiect. EIUSDEM *Institut. iuris cambial.* pag. 377. Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts §. 61. und besonders *Vinc.* OLDENBURG in Diss. alleg. de retorsione iurium, praecipue in causis cambialibus, §. VII. sqq.

liche sey; allein das römische Edict setzt wirklich erlittenes Unrecht durch unbilliges und partheyisches Verfahren des Magistrats voraus, zur heutigen Retorsion hingegen ist schon die blosse Verschiedenheit der Rechte hinlänglich, in so fern dieselbe unsern Bürgern nachtheilig oder beschwerlich ist. Jenes bestraft nur den, von welchem das unbillige Recht herrührt, den Magistrat, und die Parthey, welche darum angesucht hat, zum Theil auch deren Erben, es billigt also die Wiedervergeltung unter Bürgern des nämlichen Staats; allein diese wird nicht als Straf, sondern bloß als Entschädigungs- oder Sicherheitsmittel gegen Auswärtige, und zwar gegen jeden Bürger desjenigen Staats ausgeübt, wo das unsern Unterthanen beschwerliche Recht gilt [51]).

Da übrigens das Retorsionsrecht keine widerrechtliche Handlung des andern Staats voraussetzt, dadurch derselbe unser oder der unsrigen vollkommenes Recht lädirt hätte, sondern nur so etwas zum Gegenstande hat, was man mit vollkommenem Rechte von dem andern Staat nicht verlangen kann, aber doch unsern Bürgern beschwerlich ist; da ferner durch Retorsion keine Gewaltthätigkeit verübt, sondern nur dasselbe Recht wider die Bürger eines auswärtigen Staats angewendet wird, dessen sich derselbe gegen uns bedient; da endlich die Wiedervergeltung kein feindseliges Betragen, sondern blos die Erhaltung der Rechtsgleichheit zum Grunde hat;

51) S. *Io. Christ. Wilh. de* STECK Observation. subsecivar. specim. (*Halae* 1779. 8.) spec. ult. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 4. und *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in Not. ad. COCCEJI ius civ. controv. h. t. Quaest. 2. not. x. Tom. I. pag. 190. sqq.

hat; so erhellet hieraus, daß Repressalien, als welche ein gewaltsames Mittel sind, sich eines widerrechtlich erlittenen Schadens an einer beleidigenden Nation, durch Wegnehmung einiger Bürger oder Sachen derselben, zu erholen, weil die eingeschlagenen gütlichen und rechtlichen Wege nichts geholfen haben, von der Retorsion wohl unterschieden werden müssen [52]).

§. 213.

Zur Retorsion ist die Einwilligung des Oberherrn im Staat erforderlich.

Das Retorsionsrecht, dessen sich ein Staat gegen Fremde bedient, ist unstreitig ein Recht der höchsten Gewalt [53]). Dem Landesherrn liegt vermöge des Rechts der Oberaufsicht die Sorge ob, dahin zu sehen, daß durch die Gesetze eines andern Staats seinen Unterthanen kein Nachtheil zugefügt werde; und vermöge seiner gesetzgebenden Gewalt kommt ihm die Befugniß zu, zu bestimmen, ob den Fremden ein gleiches Recht, wie sei-

nen

52) S. WERNHER de iure repressalium inter Principes Imp. Tom. I. P. II. *Observat. forens.* obs. 115. *Lud. Mart.* KAHLII Comment. de iustis repressalium limitibus tum a gentibus, tum a statibus S. I. R. G. obseruandis. *Goettingae* 1746. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. 244. Tit. S. 739. folgg. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. practic. ad LEYSERUM T. I. Fasc. II. Observ. 129. vorzüglich aber *Franc. Ant.* DÜRR Diss. de eo, quod iustum est circa repressalias in causis religionis in imperio Rom. Germ. *Moguntiae* 1771. in *Ant.* SCHMIDT *Thesauro iuris Eccles.* Tom. IV. Nr. XVII. pag. 652 — 738.

53) Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen III. Bandes 3. Th. Resp. CCLXXVI. n. 19. vorzüglich WEINLAND in Otio academ. hyemali pag. 352.

nen Unterthanen, in seinem Lande gesprochen, oder ob die einheimischen Gesetze ihres Staats auch wider sie angewendet werden sollen [54]). Hieraus folgt, daß die Retorsion nicht anders, als unter landesherrlicher Auctorität, mithin nicht eigenmächtig von Unterobrigkeiten und Richtern, ausgeübt werden könne. Denn diese sind verpflichtet, nach den Gesetzen ihres Landesherrn zu richten, und dürfen auch selbst in Ansehung der Fremden für sich keine Ausnahme davon machen [55]). Die Meinung eines Strycks [56]), daß jeder Richter schon nach dem gemeinen Rechte befugt sey, ein unbilliges Recht des andern Staats gegen desselben Bürger, auch ohne besondere Erlaubniß des Oberherrn, zu retorquiren, ist eine Folge des Irrthums, daß das Retorsionsrecht seinen Grund in dem prätorischen Edicte: quod quisque iuris etc. habe, und verdient daher keinen Beyfall. So viel ist indessen gewiß, daß die landesherrliche Genehmigung nicht immer in jedem einzelnen Falle erforderlich sey, sondern die allgemeine Verordnung des Oberherrn an seine Unterobrigkeiten, die seinen Unterthanen beschwerlichen Rechte anderer Staaten gegen derselben Bürger in vorkommenden Fällen zu retorquiren, ist zur rechtmäßigen Ausübung des Wiedervergeltungsrechts schon hinreichend. Noch weniger aber kann Privatpersonen dieses Recht ge-

54) *Frid. Es. a* PUFENDORF Animadversion. iuris animadv. CX. §. 2. pag. 169. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad LEYSERUM T. I. Fasc. II. Obs. 128.

55) Dav. Georg Strubens rechtliche Bedenken. V. Th. Bed. 47. *Franc.* ALEF Diss. alleg. de Legum retorsione Cap. IX. *Christph. Iac.* SCHMIDMER cit. Specim. sist. observat. miscell. de retorsione iuris. §. VII.

56) in Usu Mod. Pandectar. h. t. §. V.

gestattet werden. Schon die Regeln der Klugheit erlauben dieses nicht, denn Mißbrauch wäre unvermeidlich [57]).

§. 214.

Die Retorsion findet wider ein Moratorium nicht statt. Kann sie bey Unterthanen verschiedener Provinzen, die einem Regenten unterworfen sind, ausgeübt werden?

Wenn ein Schuldner, der durch Unglück und nicht durch eigene muthwillige Veranlassung in einen Vermögensverfall gerathen ist, bey seinem Landesherrn einen Anstandsbrief (moratorium) ausgewirkt hat, vermöge dessen er innerhalb einem gewissen Zeitraum von seinen Gläubigern unangefochten gelassen werden muß, und dieser während der Zeit ausstehende Forderungen von seinen Schuldnern gerichtlich beytreibt; so entsteht die Frage, ob ihm die exceptio moratorii retorsionsweise entgegengesetzt werden könne? Dem ersten Ansehen nach sollte man denken, daß die Retorsion in diesem Falle nicht unbillig sey. Denn einmal scheint das Edict des Prätors: quod quisque iuris etc. für die Beklagten zu reden. Kann etwas billigeres gedacht werden, als dieses, daß, da der Kläger vermöge des erhaltenen Moratoriums von seinen Gläubigern nicht belangt werden kann, er auch eben so wenig seine Schuldner während dieser Zeit zu belangen befugt seyn könne? Noch mehr scheint aber der Zweck der Retorsion jene Exception zu begründen. Dieser zielt, wie bekannt, auf die Erhaltung

57) In den Sächsischen Landes-Constitutionen P. III. Const. 38. heißt es daher ausdrücklich: Daß nicht Privatpersonen, sondern die Obrigkeit, solches *ius retorsionis* zu exerciren und vorzuwenden haben soll.

tung der Gleichheit ab. Würde nun nicht dieselbe offenbar aufgehoben, wenn die Beklagten dem Kläger ihre Schulden abzutragen angehalten werden sollten? Endlich streiten für diese Meinung auch die angesehensten Rechtsgelehrten [58]). Allein dieser Gründe ungeachtet kann dennoch in dem bemerkten Falle keine Retorsion statt finden. Denn es sind die Beklagten, welche die exceptionem moratorii retorquiren, entweder einheimische oder fremde Schuldner. Erstere können ohnehin sich keiner Retorsion gegen ihren Mitbürger bedienen. Der Landesherr, ohne dessen Auctorität nicht einmal einem Richter die Retorsion gestattet ist, wird aber in dem vorliegenden Falle dieselbe um so weniger genehmigen, weil ja sonst der ganze Endzweck des ertheilten Anstandsbriefes, nämlich einen durch Unglücksfälle heruntergekommenen Schuldner wieder aufzuhelfen, wegfallen würde. Denn was könnte ein Moratorium nützen, wenn dem Impetranten dadurch die Mittel abgeschnitten seyn sollten, seine ausstehenden Schulden einzufordern, und sich vielleicht hierdurch wieder in eine bessere Situation zu schwingen. Es können aber auch auswärtige Schuldner sich keiner rechtmäsigen Retorsion bedienen, weil durch einen Anstandsbrief anders nichts, als eine in den gemeinen Rechten erlaubte Wohlthat, verstattet wird. Es ist also hier keine solche Ungleichheit und Verschiedenheit statutarischer Rechte vorhanden, welche die Retorsion voraussetzt. Der für die entgegengesetzte Meinung

58) CARPZOV Part. III. Const. XXXVIII. Def. 1. n. 17. BERLICH Practicar. Concluf. Part. III. Concl. LI. n. 10. MEVIUS in Decisionib. P. II. Decis. LIX. not. 10. LUDOVICI in doctr. Pandectar. h. t. §. 3. *I. H.* BOEHMER in Tract. iurid. de literis respirationis earumque validitate et invaliditate. Cap. II. §. 12. u. a. m.

nung aus dem Edict des Prätors hergenommene Grund aber bedarf faſt keiner Widerlegung. Denn einmal iſt ja ſchon oben gezeigt worden, daß die heutige Retorſion keinesweges aus jenem Edict entſpringe; zum andern aber kann auch darum in dem gegenwärtigen Falle von dem Edict des Prätors kein Gebrauch gemacht werden, weil ſolches nur gegen denjenigen ſtatt findet, der aus Bosheit eine ungerechte Verordnung wider ſeinen Gegner ausgewirkt hat, welches doch von dem Impetranten eines Moratoriums nicht behauptet werden kann [59]). Ein anders wäre freylich, wenn unter den einheimiſchen oder auswärtigen Schuldnern desjenigen, der ein Moratorium erhalten, einige in gleicher Lage ſich befänden, denen ebenfalls ein ſolches Anſtandsreſcript von ihrem Landesherrn ertheilet worden iſt. Dieſe würden ſich unſtreitig wider ihren Gläubiger mittelſt ihres Moratoriums zu ſchützen befugt ſeyn. Vergeblich wird ſich auch in dieſem Falle der privilegirte Gläubiger auf die bekannte Regel berufen, daß ein Privilegirter gegen einen ebenfalls Privilegirten ſich ſeines Privilegiums nicht bedienen könne. Denn einmal iſt die Trüglichkeit dieſer Regel ſchon an einem andern Orte dieſes Commentars [60]) vor Augen gelegt worden; ſodann iſt ja hier der Kläger nur gegen ſeine Gläubiger privilegirt, ſo daß er von ihnen nicht belangt werden kann; aber keinesweges gegen ſeine Schuldner, dergeſtalt, daß er wider dieſelben,

59) Gleicher Meinung ſind *Io.* SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exercit. VI. §. 28. LYNCKER Centur. V. Deciſ. 434. *Wolf. Ad.* LAUTERBACH in Diſſ. de beneficio reſcripti moratorii. *Tub.* 1668. §. 43. *Io. Phil.* SLEVOCT in Exercit. de retorſione in moratorio non competente. (*Ienae* 1717.) Cap. IV. *Io. Henr.* FRICKE in Meditationib. iuris tam publici quam privati de moratorio. (*Kiliae* 1770. 4.) §. XIV. Die Verfaſſer der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 1. Band (Braunſchweig und Hildesheim 1780. 8.) Meditat. VI. S. 31 — 36. und *Chriſtph. Iac.* SCHMIDMER in Diſſ. ſaep. alleg. de retorſione iuris §. XVI.

60) Theil II. §. 105. S. 15.

ihres ebenfalls erhaltenen Privilegiums ungeachtet, klagen könnte [61]).

Ob bey Unterthanen ebendesselben Landesherrn, welche verschiedene Oerter oder Provinzen bewohnen, das Retorsionsrecht statt finde? ist ebenfalls streitig. Unser Autor behauptet dieses, und führt das Abzugsrecht zum Beyspiel an, welches in manchen teutschen Ländern, wie z. B. in Kursachsen, sogar in einem Gerichtssprengel wider den andern ebendesselben Landes ausgeübt wird [62]). Allein dem Begriffe des Retorsionsrechts scheint dieses so wenig, als dem Zweck desselben (§. 212.), gemäß zu seyn, zumal wenn man mit einem berühmten teutschen Rechtslehrer [63]) die Retorsion als eine Art von Selbsthülfe betrachtet, deren man sich in solchen Fällen bedient, wo weder gesetzgebende noch richterliche Gewalt die Abstellung eines dem Fremden nachtheiligen Rechts bewirken kann. Zufolge dieser Grundsätze sind daher die meisten heutigen Rechtsgelehrten der Meinung, daß zwischen Unterthanen ein und eben desselben Territoriums oder auch verschiedener Provinzen, die aber doch einem Regenten unterworfen sind, keine Retorsion statt finde [64]). Und diese Meinung ist auch durch verschiedene königliche Decisivrescripte in den Preußischen Staaten gesetzlich bestätigt worden [65]). Es kommt jedoch, meines

61) FRICKE in cit. Meditat. de moratorio §. XIV.

62) Man vergleiche Hrn. D. H G. A. SCHOTT Institut. iuris Saxon. electoral. privati. pag. 45. (*edit. II. de a.* 1785.

63) Hrn. Hofr. u. Prof. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts. §. 319.

64) *Car. Otto* RECHENBERG de bello legum contra leges retorsione ementita metuendo. §. 14. *Franc. Ant.* DÜRR in Diss. de eo, quod iustum est, circa represalias in causis religionis in Imp R. G. §. 6. not. a. *Christph. Iac.* SCHMIDMER in saep. alleg. Dissertat. §. 8. Hr. Hofr. u. Prof. Runde in den angef. Grundsätzen des T. Privatrechts §. 319. u. a. m.

65) Rescript an das Kammergericht zu Berlin vom 17 Aug. 1761. und Rescript an die Clevische Regierung vom 15. Jan. 1756. Beyde sind abgedruckt in *Frid.* BEHMERI novo iure controverso. Tom. II. (*Lemgoviae* 1771. 4.) Observat. LXXXIII. pag. 520. sqq.

meines Erachtens, hierbey vorzüglich auf die Art der Union unter den verschiedenen Provinzen eines Regenten in Ansehung ihrer Rechte, und die Verfügung des Landesherrn an, ob und wie weit die Retorsion bey den Unterthanen der verschiedenen Lande desselben statt finden solle [66]). Denn es ist schon oben bemerkt worden, daß Retorsionen nur unter Auctorität der gesetzgebenden Gewalt geübt werden können [67]).

§. 215.

Ist die Retorsion in peinlichen Fällen anwendbar?

Es ist eine fast einstimmig angenommene Meinung der Rechtsgelehrten, welcher auch hier unser Verfasser beytritt, daß in Criminalfällen keine Retorsion statt finde. Die Gründe, die gewöhnlich angeführt werden, sind, weil ein Auswärtiger, der in einem fremden Lande ein Verbrechen begehet, in Ansehung dieser Handlung nicht als ein Fremder zu behandeln, sondern als ein zeitiger Unterthan nach den Gesetzen des Staats, gegen die er gesündigt hat, zu richten, und, wenn das Verbrechen ausser dem Territorium begangen worden, die Strafe nach gemeinen Rechten zu bestimmen sey [68]). Allein mir scheinen diese Gründe nicht von solchem Gewicht zu seyn, um jene Meinung gegen den Vorwurf einer unbilligen Einschränkung der gesetzgebenden Gewalt, von welcher doch die Retorsion ihr Leben und Bestimmung

66) Eben so urtheilt Hr. Hofr. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. et Germ. Tom. I. §. 147. Vorzüglich verdient auch hier Riccius in dem zuverläßigen Entwurf von Stadtgesetzen II. Buch 19. Hauptst. §. 9. nachgesehen zu werden, welcher zeigt, warum zuweilen ein Landesherr bey Unterthanen verschiedener Städte seines Territoriums die Retorsion zu gestatten für gut befindet.

67) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXX. med. 8.

68) S. STRUV in Tract. de vindicta privata Cap. XI. aphor. 11. ELSAESSER in Diss. alleg. §. 2. in fin. SCHMIDMER cit. Diss. §. 17.

erhält, rechtfertigen zu können. Wir wollen uns die einzelnen möglichen Fälle vorstellen, und darnach prüfen, ob denn wirklich alle Retorsion in Criminalfällen unzulässig sey. Es kann einmal die Frage entstehen, ob bey dem peinlichen Proceß gegen auswärtige Verbrecher die Retorsion gebraucht werden könne? Ich glaube, allerdings. Warum sollte z. B. der Landesherr nicht befugt seyn, zu verordnen, daß die Tortur bey auswärtigen Delinquenten solcher Lande, wo dieselbe noch nicht abgeschafft ist, ebenfalls gebraucht werden solle? Und lehrt nicht die Erfahrung, daß die verweigerte Auslieferung ergriffener Verbrecher zu häufigen Retorsionen Anlaß giebt [69])? Wie, wenn aber von der Bestimmung der Strafe für auswärtige Verbrecher, die Frage entsteht, sollte nicht auch hier die Retorsion zum Maasstabe dienen können? Ich muß gestehen, daß ich keinen hinreichenden Grund finde, hieran zu zweifeln. Jeder Landesherr hat ja das Recht, nach seinem Ermessen zu bestimmen, wie die Verbrecher in seinem Lande bestraft werden sollen [70]). Warum sollte er nun, wenn es ihm für das Wohl seines Staats zuträglich zu seyn schiene, nicht verordnen können, daß auswärtige Verbrecher in seinem Lande nach den Gesetzen ihres Domiciliums gerichtet werden sollen. Es bleibt hier allemal das Verhältniß der Handlung zum Strafgesetz. Denn entweder hat der Fremde das Verbrechen in seinem Vaterlande selbst begangen, oder im Gebiete des retorquirenden Staats. Im ersten Falle hat ja der Delinquent die Gesetze seines Vaterlandes unmittelbar übertreten. Aus diesen entsteht daher auch eine unmittelbare Verbindlichkeit zur verwirkten Strafe. Wie kann hier nun die Strafe noch nach gemeinen Rechten bestimmt werden, wo das gemeine Recht durch besondere, demselben entgegen-

69) Ein Beyspiel giebt die Magdeburgische Policey-Ordnung Kap. LV. §. 11. Siehe auch Estors Anfangsgründe des gemeinen und R. Processes I. Th. §. 2032. a. zu Ende.

70) *Ge. Inc. Frid.* MEISTER *Princip. iur. crim. German. commun. (Goetting.* 1789. 8.) §. 84.

gegengesetzte, Landesgesetze aufgehoben worden ist? Im andern Falle ist die Strafe, die gegen den Fremden retorquirt werden soll, ebenfalls in einem für denselben verbindenden Gesetze aufgestellt. Schon Justinian [71]) sagt: *ut unusquisque in qua provincia deliquit, illic etiam iuri subiaceat.* Hat nun der Landesherr bestimmt, daß Fremde nach den peinlichen Gesetzen ihres Domiciliums gestraft werden sollen, wer will läugnen, daß die in diesen Gesetzen enthaltene Strafe verwirkt sey? Es ist auch offenbar, daß unter solchen Umständen der Fremde nicht als bloser zeitiger Unterthan behandelt werde. Unbillig wird man dieses Verfahren wohl nicht mit Grunde nennen können, oder man müßte denn geradezu läugnen, daß Erhaltung einer rechtlichen Gleichheit unter Bürgern verschiedener Staaten auch in peinlichen Fällen billig und zuträglich sey.

§. 216.

Schon das Daseyn eines verschiedenen und unsern Bürgern beschwerlichen Rechts ist zur Ausübung der Retorsion hinreichend.

Die Retorsion setzt ihrem Begriffe nach eine Verschiedenheit der Rechte verschiedener Territorien voraus. Allein ist das blose Daseyn einer solchen Verschiedenheit schon hinreichend, wenn solche auch noch nicht zur Ausübung gebracht ist? Einige Rechtsgelehrten [72]) wollen hieran zweifeln. Sie halten es zur Ausübung des Wiedervergeltungsrechts für schlechterdings nothwendig, daß das verschiedene Recht des andern Staats, welches gegen desselben Bürger retorquirt werden soll, in vorgekommenen Fällen gegen die Unterthanen unsers Landes wirklich müsse angewendet worden seyn. Man behauptet daher,

71) *Nov. LXIX. cap. I. princ.*

72) *Christ. Gottl.* RICCIUS im zuverläßigen Entwurf von Stadtgesetzen II. Buch 19 Hauptst. § 4. 5. 6. BROCKES in select. Observat. for. Observat. CCVII. EISENHART in Diss. de retorsione iuris albinagii in successione mariti cessante, in *Opuscul.* pag. 151. sqq.

daß der retorquirenden Obrigkeit jederzeit der Beweis obliege, daß Beyspiele von dieser Anwendung bereits vorgekommen sind [73]). Die neuern Rechtsgelehrten [74]) verwerfen jedoch diese Meinung billig, und auf deren Seite ist auch unser Hellfeld getreten. Ich kann ebenfalls nicht läugnen, daß die Gründe für diese letztere Meinung von mehrerem Gewichte sind. Denn ein für allemal läßt sich von dem Edict des Prätors auf die heutige Rechtserwiederung keine richtige Schlußfolge herleiten. Und da man den wirklichen Gebrauch des einmal eingeführten Rechts bey vorkommenden Fällen doch immer vermuthen muß, so kann wegen solcher künftig zu befürchtenden Fälle die Retorsion, als ein Vertheidigungsmittel, um so mehr angewendet werden, als diejenige Obrigkeit, gegen deren Unterthanen solchergestalt verfahren wird, um die Ausübung des Retorsionsrechts abzuwenden, weiter nichts zu thun hat, als die uns nachtheilige und beschwerliche Verordnung aufzuheben. Denn so wie das Recht zu retorquiren mit Entstehung jener Verordnung sein Daseyn erhalten hat, so hört es auch mit derselben wieder auf. Hieraus folgt also, daß der retorquirenden Obrigkeit kein Beweis, daß die beschwerliche Verordnung des andern Staats wider ihre Unterthanen bereits in Ausübung gekommen sey, aufgebürdet werden kann [75]). Da indessen das Retorsionsrecht von der gesetzgebenden Gewalt seine ganze Direction erhält, so hängt es freylich von der Willkühr der retorquirenden Landesobrigkeit ab, zu bestimmen, was sie deßfalls für Maasregeln zu nehmen

73) CARPZOV P. III. Const. XXXVIII. definit. 8. BERLICH P. III. Concl. LI. n. 27.

74) von Cramer in den wetzlarischen Nebenstunden VI. Th. N. 9. SCHMIDMER in Diss. alleg. §. 6. Schnaubert Anfangsgründe des Staatsrechts der ges. Reichslande §. 381. zu Ende. Runde Grundsätze des allgem. T. Privatrechts §. 319. und vorzüglich ELSAESSER in Diss. de iurium statutar. variantium retorsione etiam tunc fundata, si actus secundum illa exercitus non praecesserit. §. VI — XV.

75) WERNHER in select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 32. *de* SELCHOW in Elem. iuris germ. priv. hod. §. 221. ELSAESSER a. a. O. §. 14. u. 15.

nehmen für gut findet [76]). Ueberhaupt aber ist es der Höflichkeit und Klugheit gemäß, in solchen Fällen vorher bey dem andern Staat anzufragen, ob er gesonnen sey, von seinem Rechte gegen unsere Bürger Gebrauch zu machen.

Retorsionen verhütet man übrigens durch wechselseitige Verträge und Reversalen, wodurch die Obrigkeit des jenseitigen Orts, wo das ungleiche Recht herrscht, sich verbindlich macht, daß sie sich dessen gegen uns nicht bedienen wolle [77]). Solche Reversalien müssen jedoch zeitig offerirt werden, ehe noch der Fall eintritt, wo die Retorsion geltend gemacht werden kann [78]). Denn ist der Fall schon vorhanden, so braucht man sie nicht anzunehmen, weil das Retorsionsrecht mit dem Augenblick, in welchem die jenseitige uns nachtheilige Verordnung Gesetzeskraft erlangte, entstanden und erworben worden ist, Verträge aber nicht auf vergangene Fälle ausgedehnet werden können. Es darf auch eine Unterobrigkeit ohne Einwilligung der Landesherrschaft nicht einmal Reversalien annehmen, weil dergleichen Verträge auf eine Einschränkung der gesetzgebenden Gewalt abzielen [79]). Allein durch Cession der Rechte an Einheimische kann der Retorsion nicht ausgewichen werden, weil der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und dieser eigentlich unter jenen verborgen ist [80]).

Lib.

76) So z. B. ist in den Churſächsischen Landes-Constitutionen P. III. Const 38. ausdrücklich verordnet, daß gegen solche Städte und Oerter keine Retorsion ausgeübt werden solle, die sich ihres verschiedenen Rechts gegen sächsische Unterthanen noch nie bedient hätten.

77) ELSAESSER cit. Dissert. §. 16. et 17. und SCHMIDMER c. l. §. 14.

78) So z. B. haben viele Reichsstände durch besondere Verträge das Abzugsgeld gegenseitig aufgehoben.

79) Westphal im teutschen und reichsständischen Privatrechte Th. I. Abh. IV. §. 24.

80) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXX. med. 8. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaeſt. for. ceſſio hereditatis a peregrino in indigenam facta utrum ius detractus tollat? *Lipſiae* 1783.

Lib. II. Tit. III.

Si quis ius dicenti non obtemperaverit.

§. 217.

Strafe des Ungehorsams gegen richterliche Verfügungen und Erkenntnisse. Erläuterung der *L. un. §. 1. D. h. t.* Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Es gehört ferner zur Aufrechterhaltung der Gerichtsbarkeit, das Ansehen richterlicher Verfügungen und Erkenntnisse durch Zwang und Strafmittel zu vertheidigen. Eine römische Obrigkeit konnte daher nicht nur den Ungehorsamen Geldstrafen auflegen, sondern auch wider denjenigen, der einem rechtskräftigen Urtheile keine Folge leistete, sondern es bis zur Execution kommen ließ, und sich auch dieser sogar widersetzte, zur Behauptung ihres Imperiums, eine Pönalklage verstatten [81]). Ob diese Klage eben so, wie diejenige, welche der Prätor aus dem Edict de albo corrupto gab, eine Volksklage gewesen, ist unter den eleganten Auslegern des römischen Rechts streitig. Cujaz [82]) glaubt es, weil dem gemeinen Wesen selbst daran gelegen, daß die Majestät des Prätors gegen alle Beleidigungen gesichert werde. Seine Meinung fand auch bey mehrern Rechtsgelehrten Beyfall [83]). Allein schon Emund Merillius [84]) verwarf sie, und wenn sich gleich Osius Aurelius [85]) des Cujaz gegen den Angriff des Merillius annahm, so

81) Ueber diesen Titel bemerke ich vorzüglich *Iac.* VOORDA Diff. ad L. un. D. si qui ius dicenti non obtemperaverit, in GE. OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar. T. I. Vol.* 2. und *Ad. Frid.* TRENDELENBURG biga Observationum ad Tit. Dig. si quis ius dicenti non obtemperaverit. *Buetzovii* 1765. 4.

82) Observat. lib. XXIV. cap. 25.

83) *Hugo* DONELLUS Commentar. iuris civ. lib. XV. c. 24. BAEHOV ad Treutlerum Vol. I. Diss. IV. Th. 9. lit. D. et E. *Henr.* HAHN ad Wesenbecium h. t. n. 2. u. a. m.

84) Lib. I. Variant. ex Cujacio cap. 6.

85) in Tract. de variant. Cujacii interpretat. Dispunct. 6. bey OTTO in *Thesauro Iur. Rom.* T. III. pag. 708.

so sind doch die neuern Rechtsgelehrten fast alle auf Merillius Seite getreten [86]). Nur wenige Pönalklagen haben die besondere Eigenschaft, daß sie jeder aus dem Volke anstellen kann. Man kann daher Popularklagen anders nicht annehmen, als wenn ihnen die Gesetze diese Eigenschaft ausdrücklich beygelegt haben. Dieses läßt sich aber von der Pönalklage dieses Titels nicht erweisen. Das Vergehen, weßhalb eine Popularklage statt finden sollte, mußte immer das suum ius populi zugleich betreffen, wie Paulus [87]) sagt, es muste als Sache des ganzen Volks angesehen werden können. Dieß war nun zwar der Fall, wenn jemand sich an den für das Volk aufgestellten Edicten des Prätors vergieng. Allein viel zu wenig Interesse für das Volk hatte es, wenn dem Befehl des Prätors in einer bloß einzelne Privatpersonen angehenden Rechtssache keine Folge geleistet wurde. Die deßhalb zustehende Pönalklage konnte also nur von dem Gegentheil, und zwar nicht allein von dem Kläger, sondern, nach der Meinung des Labeo [88]), auch sogar von dem Beklagten selbst angestellet werden, wenn nämlich der Kläger ihm etwas zu vergüten, oder sonst zu leisten war verurtheilt worden, und dieser, weil er den Besitz der Sache schon erhalten hatte, sich gegen das richterliche Erkenntniß widerspenstig bezeigte [89]). Daß die Klage nur ein Jahr dauerte, auch nicht auf

86) *Franc.* DUARENUS lib. I. anniversar. Disputat. cap. 50. *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Dig. h. t. §. 3. *Corn. van* ECK Princip. iur. civ. h. t. §. 2. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. P. I. Lib. II. Disp. 7. Th 5. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 9. *Sam. de* COCCEJI in Iur. civ. contr. h. t. Qu. 1. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in Notis ad Eundem not. y. T. I. pag. 191. vorzüglich aber *Ad. Frid.* TRENDELENBURG in der angef. Schrift Oos. I.

87) *L.* 1. *D. de popularib. actionib.*

88) *L. un. §. 3. D. h. t.*

89) So kann allerdings bey der Reivindication der Fall vorkommen, daß der Kläger zugleich condemnirt wird, dem Beklag-

ten

auf die Erben gieng [90]), beweist nicht, daß sie eine Volksklage gewesen, wenn gleich Ulpian [91]) dieß als eine gemeine Eigenschaft aller Popularklagen angiebt; sondern die Ursache dieser Wirkung ist, daß sie eine prätorische Pönalklage war, wie Ulpian [92]) selbst gestehet. Allein worinn bestand denn nun die Strafe, worauf man die Klage richtete? Ulpian [93]) sagt: Hoc iudicium, non ad id quod interest, sed QVANTI EA RES EST, concluditur. Ob hiermit eine arbiträre Geldstrafe oder der Werth des zu restituirenden Gegenstandes gemeint sey, ist zweifelhaft. Denn die Redensart: *Quanti ea res est*, hat in unsern Gesetzen mehrere Bedeutungen [94]). Für die letztere Bedeutung streiten angesehene Rechtsgelehrten [95]). Allein die meisten wollen den Ulpian von einer arbiträren Geldstrafe verstehen, welche der Richter nach der Grösse des Vergehens und Ungehorsams bestimmt habe [96]). Dieß ist auch unsers Autors Meinung. Irrig ist es indessen, wenn Scipio Gentilis [97]) glaubt, daß die Strafe dem Magistrat gehört habe, dessen Ansehen durch die Widerspenstigkeit des Verurtheilten verletzet worden. Denn es war ein grosser Unterschied zwischen einer Geldstrafe, die die Obrigkeit dictirte,

ten etwas zu leisten oder zu vergüten. *L.* 10. *L.* 13. *L.* 48. *L* 65. *D. de Rei vindicat.* S. *Ian. a* COSTA ad Tit. Decretal. de mutuis petitionibus, und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 2.

90) *L. un.* §. 4. *D. h. t.*

91) *L.* 8. *D. de popular. action.*

92) *L. un.* §. 4. *D. h. t.*

93) *L. un.* §. 4. *cit.*

94) Conf. *Iac.* GOTHOFREDUS in Animadversion. iuris civ. libro, cap. 1. in *Operib. iurid. minorib.* a *Ch. H.* TROTZ editis pag. 266. sqq. und *B.* BRISSONIUS de Verbor. signific. v. *Quantus.*

95) BACHOVIUS in prim. parte Pandectar. h. t. §. ult. DUARENUS lib. I. Disputat. anniversar. cap. 50. HEINECCIUS in Historia Edictor. pag. 301. not. f. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 7. TRENDELENBURG c. l.

96) CUJACIUS lib. XXIV. cap. 25. Guil. MARANUS in Paratitl. ad h. t. Digestor. Ev. OTTO in praefat. ad Tom. V. Thesaur. Iur. Rom. Ger. NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. Ios. FINESTRES in Hermogeniano T. I. pag. 326. Ant. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 3. u. a. m.

97) de iurisdictione lib. I. cap. 8.

tirte, und einer Pönalklage, wie Joseph Averanius [98]) ganz deutlich gezeigt hat. Uebrigens scheint der Prätor diese Klage nur eigentlich in dem Falle gegeben zu haben, wenn der Ungehorsame sich sogar der Execution widersetzt hatte. Hierher gehört die berühmte Stelle Ulpians [99]): Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui, quod extremum in iurisdictione est, non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicare a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est. Caeterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur. Wie sehr die Erklärungen der Rechtsgelehrten in Ansehung dieser Stelle von einander abweichen, zeigen die unten [100]) angeführten Schriften. Zur Erläuterung derselben will ich nur folgendes bemerken. *Quod extremum in iurisdictione est* ist richtiger von der Sentenz selbst, als von der Vollstreckung derselben zu verstehen. Denn letztere gehörte zum Imperium. Die Sentenz hingegen war gleichsam die letzte Handlung, mit welcher das, was zur Jurisdiction im eigentlichen Sinne gehörte, ein Ende hatte, wie schon oben (S. 8.) erinnert worden ist. *Vindicare* wird hier in seiner originellen Bedeutung genommen, und heißt soviel als eine Sache in Besitz nehmen, die mir der andere herauszugeben schuldig ist. Eine Bedeutung, die in den Fragmenten der röm. Rechtsgelehrten öfters vorkommt [1]). *Vindicari non pati* wird also von dem gesagt, qui non finit prehendere id, quod dare oportere condemnatus est. Die folgenden Worte *duci eam vel ferri passus est* erklärt Hofmann durch diripi potius ac perdi eam passus est per contumaciam, quam restitui. Allein sie gehen wohl mehr auf die apparitores, durch die man rechtskräftige

98) Interpretation. iuris Lib. I. cap. IV. n. 42.

99) L. un. §. 1. D. h. t.

100) S. ausser VOORDA und TRENDELENBURG in den angef. Schriften ALCIATUS Paradox. lib. II. c. 15. CUJACIUS in Recitat. ad h. t. und lib. XXIV. Observat. c. 25. et 31. PERENONIUS Animadv. et variar. lection. lib. I. c. 20. (Thes. Otton. T. I. p. 615.) Guil. FORNERIUS selection. lib I. c. 18. (Thes. Otton. T. II. p. 27.) LYKLAMA a NYHOLT Membranar. lib. V. Eccl. 10. Ant. FABER Rational. ad Pand. h. L. Guil. RANCHINUS variar. lection. lib. III. c. 15. (in SCHMINCKII Syntagm. crit. varior. auctor. p. 102 sqq.) GRANGIANI Paradox. c. 47. (Thes. Meermann. T. V. p. 637.) PANCIROLLUS var. lection. lib. II. c. 16. Ger. NOODT in Commentar. ad h. tit. Pandect. Herm. CANNEGIETER Observat. iuris Rom. lib. III. c. 1. und Io. Guil. HOFFMANN in Observat. var. ad lib. II. Pandectar. Dissertat. hebdom. III. §. 2.

1) PAULUS lib. V. Sentent. recept. Tit. XXVI. §. 4. et ad Eundem Ant. SCHULTING not. 31. Iurisprud. vet. Anteiustin. pag. 524. ULPIANUS L. 5. §. 5. D. iure dot. L. 2. D. de manumiss. quae servis ad univ. pertin. impon. MODESTINUS L. 2. §. 2. D. Qui pet. tutor. IULIANUS L. 47. §. ult. D. de fideicomm. libertat. Zur Erläuterung dient auch das Beyspiel beym LIVIUS lib. III. cap. 48. u. 49.

tige Sentenzen vollstrecken ließ; und zwar wird *duci* von lebendigen, *ferri* hingegen von leblosen Sachen gebraucht [2]). Die Emendation des Cannegieters, der statt *sed* duci vielmehr NEC duci eam etc. lesen will, ist eben so vergeblich, als die von andern geträumte Ellipse, welche nach den Worten *vel ferri passus est* suppliren wollen: ius dicenti obtemperasse videtur. Man giebt dieser Art der Ellipse den Namen ἀναντιπόδοτον. Allein, eine solche Figur hier anzunehmen, ist kein hinreichender Grund vorhanden, wie sich bald ergeben wird. *Ceterum* kann in der gegenwärtigen Verbindung wohl nichts anders als enim vero oder verum tamen heissen; welche Bedeutung auch nicht unbekannt ist. Allein der Ausdruck *Sequentia* scheint dem Cannegieter ganz ungewöhnlich zu seyn; er nimmt daher zur Emendation seine Zuflucht, und liefet mittelst einer Gemination sententia stare, doch, wie mich dünkt, wieder ohne Noth. Ich befürchte vielmehr, daß hierdurch der wahre Sinn noch mehr verdunkelt oder vielleicht gar entstellt wird. Natürlich kann *Sequentia* hier nichts anders heissen, als ea, quae sententiam sequuntur. Denn vorher war davon die Rede, wer dem richterlichen Ausspruche keine gutwillige Folge leistet, sondern es zur Execution kommen läßt. Diese letztere ist also unstreitig das, was auf die Sentenz erfolgt, wenn derselben kein Genüge geschiehet. Endlich die letztern Worte: *tunc non obtemperasse videtur* scheinen den eigentlichen Fall auszudrücken, in welchem die oben gedachte Pönalklage statt findet. Der natürliche Sinn dieser ganzen Stelle wäre also meiner Einsicht nach folgender: Derjenige scheine zwar allerdings ungehorsam zu seyn, der dem richterlichen Erkenntniß nicht gutwillig Folge geleistet hat; z. B. wenn er die bewegliche Sache, die er dem Urtheile gemäß herausgeben sollte, dem Kläger auf sein Begehren nicht verabfolgen lassen wollte, sondern es soweit kommen ließ, daß ihm diese Sache erst von den Gerichtsdienern weggenommen werden muste. Allein zur Begründung einer Pönalklage scheine dennoch dieser Ungehorsam noch nicht hinreichend zu seyn, sondern dazu werde erfordert, daß der Ungehorsame sich auch sogar der Execution widersetzt haben müsse.

Daß diese römische Pönalklage indessen heutzutage nicht mehr üblich sey, sondern der Richter das Ansehen seiner Verfügungen durch Strafbefehle zu vertheidigen pflege, ist eine allgemein bekannte Wahrheit [3]).

2) L. 57. pr. et §. 1. D. de evict. L. 30. D. de lib. caus. L. 32. D. de noxal. act. L. 6. D. de public. in rem act. L. 235. D. de Verb. signifi.

3) S. WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 2.

tige Sentenzen vollstrecken ließ; und zwar wird *duci* von lebendigen, *ferri* hingegen von leblosen Sachen gebraucht [2]). Die Emendation des Cannegieters, der statt *sed* duci vielmehr NEC duci eam etc. lesen will, ist eben so vergeblich, als die von andern geträumte Ellipse, welche nach den Worten *vel ferri passus est* suppliren wollen: ius dicenti obtemperasse videtur. Man giebt dieser Art der Ellipse den Namen ἀναντιπόδοτον. Allein, eine solche Figur hier anzunehmen, ist kein hinreichender Grund vorhanden, wie sich bald ergeben wird. *Ceterum* kann in der gegenwärtigen Verbindung wohl nichts anders als enim vero oder verum tamen heissen; welche Bedeutung auch nicht unbekannt ist. Allein der Ausdruck *Sequentia* scheint dem Cannegieter ganz ungewöhnlich zu seyn; er nimmt daher zur Emendation seine Zuflucht, und lieset mittelst einer Gemination sententia stare, doch, wie mich dünkt, wieder ohne Noth. Ich befürchte vielmehr, daß hierdurch der wahre Sinn noch mehr verdunkelt oder vielleicht gar entstellt wird. Natürlich kann *Sequentia* hier nichts anders heissen, als ea, quae sententiam sequuntur. Denn vorher war davon die Rede, wer dem richterlichen Ausspruche keine gutwillige Folge leistet, sondern es zur Execution kommen läßt. Diese letztere ist also unstreitig das, was auf die Sentenz erfolgt, wenn derselben kein Genüge geschiehet. Endlich die letztern Worte: *tunc non obtemperasse videtur* scheinen den eigentlichen Fall auszudrücken, in welchem die oben gedachte Pönalklage statt findet. Der natürliche Sinn dieser ganzen Stelle wäre also meiner Einsicht nach folgender: Derjenige scheine zwar allerdings ungehorsam zu seyn, der dem richterlichen Erkenntniß nicht gutwillig Folge geleistet hat; z. B. wenn er die bewegliche Sache, die er dem Urtheile gemäß herausgeben sollte, dem Kläger auf sein Begehren nicht verabfolgen lassen wollte, sondern es soweit kommen ließ, daß ihm diese Sache erst von den Gerichtsdienern weggenommen werden muste. Allein zur Begründung einer Pönalklage scheine dennoch dieser Ungehorsam noch nicht hinreichend zu seyn, sondern dazu werde erfordert, daß der Ungehorsame sich auch sogar der Execution widersetzt haben müsse.

Daß diese römische Pönalklage indessen heutzutage nicht mehr üblich sey, sondern der Richter das Ansehen seiner Verfügungen durch Strafbefehle zu vertheidigen pflege, ist eine allgemein bekannte Wahrheit [3]).

2) L. 57. pr. et §. 1. D. de evict. L. 30. D. de lib. cauſ. L. 32. D. de noxal. act. L. 6. D. de public. in rem act. L. 235. D. de Verb. ſignifi.

3) S. WERNHER in lectiſſ. Commentat. in Pandect. h. t. §. 2.

tige Sentenzen vollstrecken ließ; und zwar wird *duci* von lebendigen, *ferri* hingegen von leblosen Sachen gebraucht [2]). Die Emendation des Cannegieters, der statt *sed* duci vielmehr NEC duci eam etc. lesen will, ist eben so vergeblich, als die von andern geträumte Ellipse, welche nach den Worten *vel ferri passus est* suppliren wollen: ius dicenti obtemperasse videtur. Man giebt dieser Art der Ellipse den Namen ἀναντιπόδοτον. Allein, eine solche Figur hier anzunehmen, ist kein hinreichender Grund vorhanden, wie sich bald ergeben wird. *Ceterum* kann in der gegenwärtigen Verbindung wohl nichts anders als enim vero oder verum tamen heissen; welche Bedeutung auch nicht unbekannt ist. Allein der Ausdruck *Sequentia* scheint dem Cannegieter ganz ungewöhnlich zu seyn; er nimmt daher zur Emendation seine Zuflucht, und lieset mittelst einer Gemination sententia stare, doch, wie mich dünkt, wieder ohne Noth. Ich befürchte vielmehr, daß hierdurch der wahre Sinn noch mehr verdunkelt oder vielleicht gar entstellt wird. Natürlich kann *Sequentia* hier nichts anders heissen, als ea, quae sententiam sequuntur. Denn vorher war davon die Rede, wer dem richterlichen Ausspruche keine gutwillige Folge leistet, sondern es zur Execution kommen läßt. Diese letztere ist also unstreitig das, was auf die Sentenz erfolgt, wenn derselben kein Genüge geschiehet. Endlich die letztern Worte: *tunc non obtemperasse videtur* scheinen den eigentlichen Fall auszudrücken, in welchem die oben gedachte Pönalklage statt findet. Der natürliche Sinn dieser ganzen Stelle wäre also meiner Einsicht nach folgender: Derjenige scheine zwar allerdings ungehorsam zu seyn, der dem richterlichen Erkenntniß nicht gutwillig Folge geleistet hat; z. B. wenn er die bewegliche Sache, die er dem Urtheile gemäß herausgeben sollte, dem Kläger auf sein Begehren nicht verabfolgen lassen wollte, sondern es soweit kommen ließ, daß ihm diese Sache erst von den Gerichtsdienern weggenommen werden muste. Allein zur Begründung einer Pönalklage scheine dennoch dieser Ungehorsam noch nicht hinreichend zu seyn, sondern dazu werde erfordert, daß der Ungehorsame sich auch sogar der Execution widersetzt haben müsse.

Daß diese römische Pönalklage indessen heutzutage nicht mehr üblich sey, sondern der Richter das Ansehen seiner Verfügungen durch Strafbefehle zu vertheidigen pflege, ist eine allgemein bekannte Wahrheit [3]).

2) L. 57. pr. et §. 1. D. de evict. L. 30. D. de lib. cauf. L. 32. D. de noxal. act. L. 6. D. de public. in rem act. L. 235. D. de Verb. fignifi.

3) S. WERNHER in lectiff. Commentat. in Pandect. h. t. §. 2.

tige Sentenzen vollstrecken ließ; und zwar wird *duci* von lebendigen, *ferri* hingegen von leblosen Sachen gebraucht [2]). Die Emendation des Cannegieters, der statt *sed* duci vielmehr NEC duci eam etc. lesen will, ist eben so vergeblich, als die von andern geträumte Ellipse, welche nach den Worten *vel ferri passus est* suppliren wollen: ius dicenti obtemperasse videtur. Man giebt dieser Art der Ellipse den Namen ἀναντιπόδοτον. Allein, eine solche Figur hier anzunehmen, ist kein hinreichender Grund vorhanden, wie sich bald ergeben wird. *Ceterum* kann in der gegenwärtigen Verbindung wohl nichts anders als enim vero oder verum tamen heissen; welche Bedeutung auch nicht unbekannt ist. Allein der Ausdruck *Sequentia* scheint dem Cannegieter ganz ungewöhnlich zu seyn; er nimmt daher zur Emendation seine Zuflucht, und liefet mittelst einer Gemination sententia stare, doch, wie mich dünkt, wieder ohne Noth. Ich befürchte vielmehr, daß hierdurch der wahre Sinn noch mehr verdunkelt oder vielleicht gar entstellt wird. Natürlich kann *Sequentia* hier nichts anders heissen, als ea, quae sententiam sequuntur. Denn vorher war davon die Rede, wer dem richterlichen Ausspruche keine gutwillige Folge leistet, sondern es zur Execution kommen läßt. Diese letztere ist also unstreitig das, was auf die Sentenz erfolgt, wenn derselben kein Genüge geschiehet. Endlich die letztern Worte: *tunc non obtemperasse videtur* scheinen den eigentlichen Fall auszudrücken, in welchem die oben gedachte Pönalklage statt findet. Der natürliche Sinn dieser ganzen Stelle wäre also meiner Einsicht nach folgender: Derjenige scheine zwar allerdings ungehorsam zu seyn, der dem richterlichen Erkenntniß nicht gutwillig Folge geleistet hat; z. B. wenn er die bewegliche Sache, die er dem Urtheile gemäß herausgeben sollte, dem Kläger auf sein Begehren nicht verabfolgen lassen wollte, sondern es soweit kommen ließ, daß ihm diese Sache erst von den Gerichtsdienern weggenommen werden muste. Allein zur Begründung einer Pönalklage scheine dennoch dieser Ungehorsam noch nicht hinreichend zu seyn, sondern dazu werde erfordert, daß der Ungehorsame sich auch sogar der Execution widersetzt haben müsse.

Daß diese römische Pönalklage indessen heutzutage nicht mehr üblich sey, sondern der Richter das Ansehen seiner Verfügungen durch Strafbefehle zu vertheidigen pflege, ist eine allgemein bekannte Wahrheit [3]).

2) L. 57. pr. et §. 1. D. de evict. L. 30. D. de lib. cauf. L. 32. D. de noxal. act. L. 6. D. de public. in rem act. L. 235. D. de Verb. fignifi.

3) S. WERNHER in lectiff. Commentat. in Pandect. h. t. §. 2.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Hellfeld, Johann August, 1717-1782 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 3,1

Erlangen (1792)

J.rom.c. 137-3,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565377-7
VD18 90223667